Aleg. 12. 14.

*** *In hoc ſigno vinces.* ***



POR PARTE

DEL CONCEIO, Iuſticia, y Regimiento de la villa del Arahal.

EN EL PLEYTO

Con Carlos, Iuan Andrea, y Iuan Franciſco Eſtrata, reſidentes en la villa de Madrid, ſe ſuplica a V m. paſſe los ojos por eſta alegacion, para cuyo entendimiento ſe preſupone en el hecho lo ſiguiente.

15



O primero, que en veynte y quatro de Iulio de mil y seyscientos y veynte y tres el dicho Concejo del Arahal otorgaron poder al Licenciado don Diego de Ribera, Alcalde mayor de la dicha villa, residente en la villa de Madrid, en que dizen, que el dicho Concejo dessea, y trata de componer cõ su Magestad las alcaualas que se pagan por los vezinos de la dicha villa: y tienen noticia que su Magestad ha hecho assiento con los dichos Estratas, y dadoles las dichas alcaualas en ochenta mil ducados, en forma de empeño: y para que se trate del dicho assiento y composicion, assi con su Magestad, y señores de su Real Consejo de Hazienda, como cõ las demas personas que por parte de su Magestad se deue tratar, o con los dichos Carlos Estrata, y consortes, dan el dicho poder al dicho don Diego de Ribera, Corregidor de aquella villa, especialmente para que en nombre del dicho Concejo trate, y contrate, y componga con su Magestad, y demas que conuenga, el derecho q̃ tienen a ellas, para que lo cedan, y traspassen en el dicho Concejo, y villa, para que lo cobren, y administren en la forma, y como mas conuenga a la vtilidad de la dicha villa, concertandolas en los marauedis, y cantidades que al dicho don Diego de Ribera le pareciere, haziendo el dicho concierto, para que mas bien, y con mas descanso los vezinos dela dicha villa se administren, se saque las condiciones y adbitrios que al Concejo, y vezinos se deuan pedir y arbitrar, conforme a la instruccion, y condiciones que al dicho don Diego de Ribera le remitirà el Cõcejo, firmada de algunos de sus Abogados: y concertadas q̃ esten las dichas alcaualas,

pueda

pueda el dicho don Diego obligar, y obligue al Concejo, y a ſus propios, y rentas que pagaran los tales marauedis del dicho concierto a las perſonas con quien ſe hiziere, con las condiciones, y ſalarios neceſſarios; ſobre lo qual pueda otorgar, y otorgue las eſcrituras y obligaciones que le fueren pedidas, &c.

Lo ſegundo, que en cinco de Agoſto del dicho año de ſeyſcientos y veynte y tres, que ſon doze dias deſpues del otorgamiento del dicho poder, el dicho don Diego de Ribera en la villa de Madrid otorga eſcritura de compreda y venta con Iuan Franciſco, y Iuan Andrea Eſtrata; los quales venden al dicho Concejo las alcaualas de la villa del Arahal, pertenecientes a la Real hazienda, con alta, y baxa juriſdicion, para que las cobren, y adminiſtren, ſegun, y en la manera que ſu Mageſtad las tiene conſignadas a los dichos aſſentiſtas: las quales dichas alcaualas les venden por precio y quantia de ochenta y tres mil ducados en plata doble de contado, pueſtos en la Corte en poder de los ſuſodichos, a coſta, y rieſgo de la dicha villa: la mitad dellos, que ſon quarenta y vn mil y quinientos ducados para fin del mes de Nouiembre proximo del dicho año de mil y ſeyſcientos y veynte y tres; y la otra mitad, para fin del mes de Febrero del año que viene de mil y ſeyſcientos y veynte y quatros, con las condiciones ſiguientes.



Primera condicion.

QVe por quanto a la dicha villa ſe le dà goze de las alcaualas deſde el dia de la fecha deſta eſcritura, es condicion, que deſde el dicho dia, haſta la real, y efectiua paga de los

los dichos ochenta y tres mil ducados, aya de pagar, y pague reditos a los dichos Estratas, a razon de a ocho por ciento al año, que es lo mismo que su Magestad por los dichos assiẽtos les mandaua pagar.

Segunda condicion.

QVe los dichos Estratas se obligan a que dentro de dos meses tendran sacada prouision de su Magestad, para q̃ el Concejo pueda administrar, y cobrar las dichas alcaualas: la qual entregaran a la dicha villa, y juntamente poder bastante para que puedan administrar, arrendar, y beneficiar las dichas alcaualas como cosa suya propia: y en el entretãto q̃ la dicha prouision y poder no se le entregare a la dicha villa, cõsienten, y tienẽ por biẽ si vuiere alguna persona q̃ quisiere arrendar las dichas alcaualas, o algunos miẽbros dellas, se aya de hazer hallandose presentes a los dichos arrendamientos vna persona nombrada por el dicho Concejo, para que con mayor beneficio, y aliuio de sus vezinos se administren.

Tercera condicion.

ITen, que los dichos Estratas se obligan a sacar, y despachar a su costa vna carta de preuilegio del Rey nuestro señor por venta nueua de las dichas alcaualas en cabeça de

la

la dicha villa, o de qualquier perſona, o perſonas que nombrare, para que ſean ſuyas propias las dichas alcaualas, y las tengan en empeño al quitar, con alta, y baxa juriſdicion, cõ las facultades y cõdiciones del medio general: y en la dicha carta de venta y preuilegio yrâ carta de pago del Teſorero general, en que cõfieſſe auer recebido de la dicha villa, o de la perſona en cuya cabeça ſe deſpachare la dicha venta, los conſentimientos, y recaudos neceſſarios, para fin de Nouiembre de ſeyſcientos y veynte ytres, que ſe cumple el primero plazo, y que tendran començado el deſpacho dela dicha carta de venta, y preuilegio: y para fin del dicho año de veynte y quatro, tendran deſpachada carta de preuilegio de todo punto en la forma y manera que arriba ſe declara, para entregarla a la dicha villa: y ſi paſſado el mes de Febrero del dicho año de veynte y quatro no dieren deſpachada la dicha carta de preuilegio, auiendoles pagado el Concejo los dichos ochenta y tres mil ducados en plata, que puedan ſer executados por ellos, y por las coſtas.

Quarta condicion.

ITen que la dicha villa ha de ſer obligada de ratificar y aprouar eſta eſcritura en todo, y por todo, como en ella ſe contiene, con inſercion della por ante eſcriuano, y obligarſe al cumplimiento y paga dentro de vn mes primero ſiguiente deſde el dia de la fecha, y quier la ratifiquen, quier no, ſe ha de guardar, y cumplir.

Lo tercero ſe preſupone, que los Eſtratas en eſte pleyto preſentaron vn traslado de vna facultad Real, que parece auerſe concedido a pedimiento de la dicha villa del Arahal, ſu fecha en quatro de Diziembre de ſeyſcientos y veynte y tres, en que ſu Mageſtad haziendo relacion, de q̃ los Eſtratas han vendido las alcaualas al dicho Concejo en precio de ochẽta y tres mil ducados; y que por parte del dicho Concejo ſe ha pedido facultad para tomar a cenſo ſobre los dichos propios, y ſobre las dichas alcaualas los dichos ochẽta y tres mil ducados, y mas dos mil ducados para coſtas. Y dize luego ſu Mageſtad: Viſto en mi Conſejo, y lo que ſe informò de mis libros de la razon, y lo aſsi miſmo pedido por los dichos Iuan Franciſco, y Iuan Andrea Eſtrata, y lo reſpondido por mi Fiſcal, lo tiene por bien, y les da licencia para que puedan imponer, e impongan ſobre los dichos propios, y alcaualas los ochenta y cinco mil ducados de cenſo al quitar, que montan las dichas alcaualas, con declaracion q̃ en qualquiera tiempo que yo, o los Reyes mis ſuceſſores quiſieremos quitar, y deſempeñar las dichas alcaualas con la dicha juriſdicion, no ſeamos obligados a pagar mas que tan ſolamente ochenta mil ducados, que es la cantidad en que, como eſtà dicho, ſe enagenaron a los dichos aſſentiſtas; y para ſeguridad, y paga de los dichos cenſos podays hipotecar por expreſſa hipoteca los dichos vueſtros bienes, y rentas, y con las demas clauſulas ordinarias. Que es fecha en Madrid a quatro de Diziembre de 1623. años.

Lo quarto ſe preſupone, que en onze de Enero de ſeyſcientos y veynte y cinco, la parte de los Eſtratas pidio execucion ante el Alcalde mayor del Arahal, en virtud de las dichas eſcrituras, por el principal, e intereſſes; el qual la mandò hazer

por los ochenta y tres mil ducados contenidos en la dicha eſcritura: y auiendoſe mandado hazer la citacion de remate, no ſe hizo al Concejo eſtãdo juntos en ſu Cabildo, como era neceſſario, ſino ſe hizieron diferentes notificaciones a algunos de los oficiales que auian ſido el año antes, del Cabildo, y algunos que lo eran al preſente; y al Procurador general del Concejo; el qual ſe opuſo, y apelò de la dicha citacion, alegando las nulidades, y defetos que ſe fundaran en eſte papel, y que fue leſo enorme, y enormiſsimamente, por auer comprado las dichas alcaualas, reſpeto de no tener bienes valioſos en la dicha cantidad, y de tener grandes cargas, que montan cada año vn quento ciento y nouenta mil quinientos y ſeſenta y ſeys marauedis, de que preſentò teſtimonio: y aſsi miſmo de como por mandado deſta Real Audiencia ſus bienes eſtan en adminiſtracion, que los adminiſtra Iuan Martinez de Rozas, Recetor della, y los han adminiſtrado otros Recetores de muchos años a eſta parte. Iten preſenta vna carta, ſu fecha en veynte y dos de Otubre de ſeyſcientos y veynte y quatro, firmada de Carlos Eſtrata, en q̃ parece que reſponde a otra del Concejo, en que el dicho Concejo dize, que en la dicha vẽta fue leſo, que no le puede pagar, y que la eſcritura tiene muchos defetos; a la qual reſponde el Carlos Eſtrata diziendo, que para que conozca el Concejo quã enemigo es de pleytos, ſi dẽtro de vn mes embiare poder a la Corte para darle por libre de la venta que en ſu fauor otorgò, darà por libre al Concejo de la obligacion, compreda, y precio dellas, cõ que ſe acabaran las diferencias: con que ſi paſſado el mes no huuierẽ embiado el dicho poder, ha de quedar libre del dicho ofrecimiento. Iten el dicho Concejo preſentò la inſtruccion que hizo el dicho Concejo para embiar al dicho don Diego

de

de Ribera; la qual tiene diez y nueue capitulos, todos importantissimos a los vezinos de la dicha villa, y està firmada del Alcalde mayor de la dicha villa, y del Licenciado Iuan de Lara, y del escriuano del Cabildo, que dize: Por mandado del Concejo.

Con lo qual auiendose passado los diez dias de la ley, y auiendo sido recusado el Alcalde mayor del Arahal, se acompañò con el Doctor Casanate, Abogado de los Consejos; los quales dieron sentencias diferentes: el Doctor Casanate pronunciò sentencia, por la qual mandò hazer trance, y remate de los bienes executados, y pago a los Estratas de los ochenta y tres mil ducados en plata doble, porque se mandò hazer execucion, y las costas, dando los susodichos la fiança de la ley de Toledo, y otra, de que pagaran lo juzgado, y sentenciado en quanto al cumplimiento de la dicha escritura, y lo demas pedido por los Estratas.

El Alcalde mayor por su sentencia dize: Que declara no auer auido lugar de derecho la execucion pedida contra los bienes de la villa; da por ninguna, y de ningun valor, ni efeto la dicha execucion; absuelue, y dà por libre al Concejo, y a sus bienes, reseruando su derecho a saluo a los Estratas, para que pidan su justicia como les conuenga, sin costas.

Lo vltimo se presupone, que destas sentencias apelaron ambas partes a la Chancilleria, donde se dixeron agrauios; el Concejo, de la del Doctor Casanate, y se ofrecio a prouar: y los Estratas, de la del Alcalde mayor, y contradixeron la prueua: y el pleyto se recibio a prueua, y en el termino de ella con diez y nueue testigos contestes prouò la parte del Concejo los articulos siguientes. Lo primero, que don Diego de Ribera sin esperar la instruccion, y contrauiniendo al orden del Concejo,

y ex-

y excediendo del poder,ſe concertò con los Eſ-
tratas,y otorgò la dicha eſcritura.

Lo ſegundo,que el dicho Concejo y ſus Abo-
gados,en conformidad del dicho poder, hizierõ
la inſtrucion,en cuya virtud ſe auia de otorgar la
eſcritura,que es la miſma que eſtà preſentada, y
la remitieron a la villa de Madrid ; y por auerſe
dado tanta prieſſa el dicho don Diego a efetuar
el cõcierto,y otorgar la dicha eſcritura,ſin aguar
dar la dicha inſtrucion, quando llegò ya eſtaua
otorgada. Lo tercero,que en el aſsiento que el di
cho don Diego hizo con los Eſtratas, el Concejo
fue enorme y enormiſsimamente leſo en el dicho
contrato. Y en preguntas añadidas prueua.

Lo primero, que reſpeto de ſer tan dañoſa la
dicha eſcritura al Concejo,y de auerſe otorgado
contra la inſtrucion y orden del poder,luego que
tuuo noticia della el Concejo,la contradixo,y aũ
que ſe pidio por los Eſtratas,conforme a vna clau
ſula de la eſcritura,que la aprouaſſen, no lo qui-
ſieron hazer. Lo ſegundo, que ſiendo condicion,
que dentro de dos meſes los Eſtratas auian de ga
nar prouiſion de ſu Mageſtad,para que el Conce-
jo adminiſtraſſe las dichas alcaualas, no lo cum-
plieron dentro del dicho tiempo, ni haſta oy lo
han cumplido, antes los ſuſodichos las eſtan oy
adminiſtrando y gozando. Lo tercero,que auien
doſe obligado por otra condicion de la dicha eſ-
critura,que ſi durante ganauan la dicha prouiſiõ,
algunas ramas,o miembros de las dichas alcaua
las ſe arrendaſſen, auia de ſer con interuencion
del dicho Concejo,y con aſsiſtencia de vna perſo
na por el nombrada, y que no lo han cumplido,
antes han arrendado y arriendan las dichas alca-
ualas,ſin auer dado noticia dello al Concejo,y ſin
interuencion de la perſona que auia de nombrar
el dicho Concejo. Lo quarto,que ſiendo tambien



condicion, que los Estratas auian de sacar carta de priuilegio en cabeça de la dicha villa, o de la persona que para ello se nombrasse, desde cinco de Agosto de seyscientos y veynte y tres, hasta fin de Febrero de seyscientos y veynte y quatro; no lo han cumplido, ni hasta aora sacado el dicho priuilegio en cabeça del dicho Concejo, ni en la suya, antes gozan de las dichas alcaualas, en virtud de vna prouision limitada a cierto tiempo. Contra lo qual los Estratas no tienen prouado cosa alguna.

1 ¶ Deste hecho assi presupuesto, resulta notoria la justicia de la villa del Arahal, y que no se pudo executar la escritura otorgada por dõ Diego de Ribera en fauor de los dichos Estratas, ac proinde que se ha de dar por ninguna la execucion, y reuocarse la sentẽcia de remate, dada por el Doctor Casanate, y confirmar la del Licenciado Moriana, Alcalde mayor de la dicha villa.

Y para proceder con claridad y distincion a prouar lo susodicho, se diuidira esta alegacion en tres Articulos.

En el primero se fundarà, que la dicha escritura de obligacion padece muchos defetos y nulidades, y que assi no se pudo executar.

En el segundo, que estas nulidades y defetos no se pudieron purgar con la facultad Real que despues se ganò, ni quedò con ella aprouada, ni ratificada la dicha escritura de venta.

En el tercero, que en el orden de proceder no se guardò la forma del derecho, y que huuo en ella nulidad euidente.

Pri-

Primus Articulus.

2 QVe la dicha obligacion padezca defetos y nulidades, que totalmente le quitan la fuerça de poderse executar, suadetur ex sequentibus nullitatibus.

Prima nullitatis exceptio.

3 QVe el Concejo de la dicha villa del Arahal, no pudo dar poder a don Diego de Ribera, para obligar los propios del Concejo de la dicha villa, a la paga de los *ochenta y tres mil ducados*, en fauor de los Estratas, sin licēcia de su Magestad, iuxta elegãs Imperatoris responsum, in l. si quæ hæreditatis 3. C. de vendēdis rebus ciuitatum, lib. 11. ibi: *Hoc in posterum obseruandum esse censemus, vt si quidem ad hanc inclitam vrbem, domum, vel ciuilis annonas, aut alia qualibet ædificia, vel mancipia pertinentia contingerit venundari, non aliter nisi Imperiali authoritate venundantur*, l. 1. C. de prædijs Decurionum, lib. 10. l. sed celsus, de contrahend. emption. vbi glos. exemplificat in cãpo Marcio, l. continus, §. cum quis; de verb. signif. quibus consonant de iure Regio, l. 15. tit. 5. par. 5 & ibi glos. 2. & l. 7. tit. 29. par. 3. & l. 13. tit. 9. par. 6. & ibi gloss. 4. & l. 1. & 11. tit. 7. lib. 7. recopil. Auenda. in cap. Prætorum, cap. 12. num. 22. Bobadilla, lib. 2. cap. 16. num. 153. idem lib. 3. cap. 5 num. 12. Rodriguez, de annuis redditib. quæst. 14. num. 67.

4 ¶ El qual apretò tanto este punto; que dixo, que

que eran necessarios cinco requisitos para la dicha enagenacion, o hipoteca. *Primum, consensus totius vniuersitatis. Secundum, authoritas Principis, & illius decretum. Tertium, iuramentum alienantium, quod alienatio fit pro vtilitate vniuersitatis. Quartum, quod sint præsentes omnes, vel maior pars Curialium honoratorum. Quintum, quod sint præsentes omnes possessores rerũ alienãdarũ.* Idem tenuit Menoch. cons. 80. num. 22. vol. 1. Folerius in pragmat. censuali, vers. Census enim, n. 36. Calcaneus, cons. 45. num. 3. Bald. Paul. Ange. Matienz. Bonifac. Ioan. Garcia, Gironda, Cerdan Portales, & alij quos refert & sequitur Felician. de censib. lib. 2. cap. 3. num. 6. Auenda. de censib. num. 4. cum sequentib. & ante eos Ioann. de Platea in d. l. fin. Alex. cons 1. col. 2. lib. 4. Ruin. cõs. 41. num. 7. lib. 1. & cons. 67. num. 22. lib. 5. Calcane. cons. 49. in fin. Menoch. cons. 80. num. 22. lib. 1. Bartol. in l. 1. §. fin. nu. 1. ff. quod cuiusque vniuers. nomine, & Bald. cons. 400. in princ. lib. 2. Stephan. Gratian. disceptat. forens. lib. 1. cap. 196. num. 11. tradit optimè Bartholom. de Humada, in l. 5. tit. 26. par. 2. glos. 6. num. 18. donde auiẽdo tratado de las diferencias de bienes de las ciudades, villas y lugares destos Reynos, y de las diferẽcias que ay entre los que se llaman comunes y propios, dize las palabras siguientes: *Sed cũ ciuitates non possunt de dictis rebus disponere absque Regia facultate, vt constat in tit. 5. & 7. lib. 7. recop. neque locare sine solemnitate legis 4. tit. 5. lib. 7. recop. sequitur dictas ciuitates in dictis bonis non habere dominium directum.*

5 ¶ Y la causa y razon de no poder los Concejos

cejos

cejos de las ciudades,villas,y lugares destos Reynos enagenar, ni obligar semejantes bienes,que son publicos, y del aprouechamiento comun de los vezinos,es porque el dominio, y señorio destos bienes, directo es pœnes Regem, vt probari poterit ex l. 2. tit. 5. lib. 7. recopil,porque en ella promete el Rey,se non daturum amplius,nec donaturum esse bona, quę sunt de Bursa cõmunis, videlicet, de los propios, & ita parece,assi por la suplicacion de las ciudades,como por la respuesta de su Magestad, ser suyos propios los dichos bienes, y que el solo puede disponer dellos como de suyos propios,a que no puede obstar la l. 9. tit. 28. part. 3. ibi: *Apartadamente son del comun de cada vna ciudad,e villa*, porque las dichas palabras se entienden del dominio vtil que los señores Reyes concedieron a las ciudades desde la poblacion dellos, en algunas dehesas, montes,o exidos que les señalaron.

6 ¶ El qual dominio vtil no es bastante,ni poderoso para que el Concejo, y Regimiento, como administrador de semejantes bienes,los pueda enagenar,y obligar en perjuyzio del recto dominio,quod est pœnes Principem,& citra eius licẽtiam,facultatem,& voluntatem: y aunque es verdad que algunos Doctores de los arriba referidos,tuuieron,que los Concejos sin licencia de los señores Reyes no podian enagenar, obligar,e hipotecar algunos de los bienes de los Concejos, quia sunt,mãcipia,molendina, fundi, vel prędia, census,& alia,id genus quæ consistunt in redditibus,de quibus per prędictos scribentes,iuxta distinctionem bonorum ciuitatum,quæ probatur in §. vniuersitatis,de rerum diuision. & in l. 9. tit. 28. parti. 3. & in l. 15. tit. 5. eadem parti.

7 ¶ Veruntamen, la verdad es,quod bona vniuersitatis cuiuscumque generis,quamuis sint pro-

pria Concilij,& vniuerſitatis,& non ſingulorum, de quibus Imperator in l.in tantum,§.vniuerſitatis,tit.de rer.diuiſione,ibi: *Vniuerſitatis ſunt,non ſingulorum*,& in l.9.tit.28.parti.3.ibi: *Apartadamẽte ſon del comum*, adhuc tamen,no los pueden vender,hipotecar, ni enagenar, iuxta Placentini ſententiam,quam referunt, & ſequuntur Accurſius, Alexand.Felin.Corneo,& alij relati à Gratian.in regul.99.nu. 1. & ad Bernard. Diaz regul.108. Auendañ.2.part.in capitibus Prætorum,cap.10. Auilecio c. 30.gloſ.verb.gratia,n.4.& à Gaſpar. Rodrig.de annuis redditib.lib.1.q.14.n.67.Azeuedo in l. 11. tit.7.recopil.lib.5. Bobadill.lib.2. cap.16.num. 153. Auendañ.c.68.num.2.per totum, & probatur in l. 1.tit.7.lib.7.recopil.ibi: *Mandamos, que todos los exidos, montes, y terminos de los Concejos de las nueſtras ciudades, y villas,que ſon tomados, y ocupados por ſi, e por nueſtras cartas, que le ſean luego tornados: pero defendemos que los dichos Concejos no les puedan labrar,vẽder,ni enagenar, mas que ſean para el pro comun de las dichas ciudades,villas, y lugares.*

8 ¶ Y quando los ſeñores Reyes no tuuieran el dominio, y ſeñorio directo de los bienes de los Concejos de las ciudades,villas,y lugares de ſus Reynos, ſino que lo tuuieran transferido en ellos por donaciones hechas en la poblacion,y deſpues baſtarà tener la proteccion y defenſa, que es lo menos que puedẽ tener de los tales propios,pues como tales mandan tomar las quentas dellos,cõforme a las leyes Reales, vt in l.23. tit.6.& in l. 20.tit. 7. lib. 3.recopil.Bobadilla in ſua politica, lib.5.cap.4.& 5. contra los mayordomos,y perſonas que adminiſtran los dichos propios,bienes, y rentas dellos; con lo qual ſe vee, y prueua con

ue baſtaba la protec
ción de los Reyes para
q ſin ſu licencia no ſe
puedan enagenar los
bienes de los lugares
ſin ſu licencia

euiden-

euidencia, quod in his Regnis huiusmodi bona, absque Regis licentia non possunt alienari, neque cẽsibus, & hypothecis obligari, nec super eis redditus, & census constitui posse à populo, aut ciuitate, nisi interueniente prędicta Regia facultate, vt nuncupatim, tradit ipse Rodrig. de annuis redditib. lib. 3. q. 14. nu. 67. vbi asserit ita fuisse iudicatum per Regium Senatum, contra licentiam Blancum, pro villa de Medina de Rioseco, & in alijs pluribus causis: y esta resolucion es tan cierta, que procede, y se guarda hasta en las diuisiones de los propios, que no se pueden hazer sin licencia, y facultad Real, por ser, como es, especie de enagenacion, l. 1. C. communia vtriusque iudicij, vt post Ruin. Simon Cellon. & alios, tradit copiose Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 61. & de arbitrar. iudicium. lib. 2. centur. 2. casu 171. num. 54. & 35. Por manera que de quatro especies, y diferencias de bienes, en que se diuiden los bienes de los Concejos, que refirio Bobadilla dict. lib. 5. c. 4. n. 5. vers. Presupongo, para qualquiera enagenacion que de qualquiera delas dichas diferencias de bienes se aya de hazer, es necessaria licencia, y facultad de los señores del Consejo, como lo resuelue el mismo autor, in d. c. per plures numeros, & lib. 3. cap. 5. à nu. 11. cum seqq. siguiẽdo la doctrina de Gregorio Lopez, y de otros grauissimos Autores que alli refiere.

Lo mismo se guarda en las diuisiones de los propios que no se pueden hacer sin facultad Real por ser genero de enagenacion

9 ¶ Ex quibus infertur, que asi como el dicho Concejo no pudiera, etiam, jũtos todos sus Oficiales, Iusticia, y Regimiento, otorgar sin facultad Real la dicha escritura, de la misma suerte, no pudo dar el dicho poder al dicho don Diego de Ribera para otorgarla, & ita ex deffectu potestatis Concilij, & etiam ex deffectu mandati, & Regiæ facultatis, est nulla prędicta obligatio.

10 ¶ Præter omnia supradicta, alia iuris ratio-

que los conçejos no pueden tomar pres-tado sobre sus propios sin facultad ni pue-den obligar a los vezinos. si no se prueba que el dinero se convirtio en utilidad de todos y no bastara le diga el poder que el dinero se toma para el provecho de todos.

ne comprobari poteſt, videlicet, porque es de derecho, que ni las ciudades, ni ſus Regidores, y Oficiales de ſus Concejos, nec Deputati ad adminiſtrandum bona ciuitatum, non poſſunt pecuniam mutuo recipere ſuper ſuis proprijs, neque pro ea ſoluenda obligare communitates, ſicut neque ſingulares perſonas, y ſi los obligan, no valen las obligaciones, ſi no ſe prueua que el dinero ſe conuirtio en vtilidad de todos, y no baſtaria aunque en el poder, y obligacion ſe dixeſſe, que ſe tomaua, y recebia el dicho dinero para el prouecho comun de todos, ſino q̃ ſe prouaſſe auerſe conuertido en la dicha vtilidad, eſta fue reſolucion de Roman. conſ.352.n.4. y de Paul. de Caſtr. conſ.20. nu.4. y de Corne. conſ. 142. nu.6. iuncto nn.15. & 17. lib.2. y de Ruin. conſ.29. num.4. lib.5. tradit copioſe, & eleganter Manti. de ambig. conuention. lib.8. tit.12. per totum, & tit.13. nu. 1. y en nueſtro caſo es euidente que del dicho poder y obligacion que en ſu virtud ſe hizo, reſultò notabliſsimo daño al dicho Cõcejo, como adelãte ſe fundarà.

Secunda nullitatis exceptio.

11 ES q̃ para dar el dicho poder no fueron citados, ni llamados ante diẽ todos los Oficiales del Concejo, porque ſiendo, como eran nueue, citaron ſolamente ſeys, que ſon, al Licenciado Iuan Yñigo de Agreda, Teniente de Corregidor, don Ioſeph de Vargas, Bartolome de Valbuena, Alcalde, Iuan de la Huerta, Regidor, Iuan de Bohorques, Regidor, Pedro de Valbuena Brenes, Iurado: y dexaron de citar a don Franciſco Parrilla, Alguazil mayor, don Franciſco Ponce, Regidor, a don Andres de Perea, Iurado; porque ſabian, que ſi los citauan, y ſe hallauan preſentes, auian

auian de contradezir el dicho poder, teniendo, como tienen precisa obligacion de citar a todos, y por no auerlos llamado, ni halladose presentes todos nueue, fue ninguno el dicho poder, de tal manera, quod vnius dumtaxat contemptus, bastaua para hazer nulo qualquiera acto que sin el se proueyera, iuxta Pontificis responsum, in cap. 1. de his quæ fiunt a maiori parte Capituli, & in cap. bonæ secundo de electione; & probatur in l. 10. columnn. fin. titulo 14. partita prima, ibi: *Mas si los que son mas pocos, dixessen cosa mas conuenible, e que sea mas a pro de la Iglesia, aquello deue valer, e non lo q̃ dixessen los mas: pero si otra cosa quisierẽ fazer e ordenar por su voluntad, e non por premia ninguna, en esta razon todos deuen acordar para valer aquel fecho; e si alguno dellos contradixeße, no valdria lo que otros fiziessen; e quando alguna cosa destas quisiessen fazer, a todos los del Cabildo deuen llamar, seyendo en tal logar dõ de pudiessen en buena guisa venir, e si ansi nõ lo fiziessen, non valdria nada su fecho, queriẽdolo contradezir los que non fuerõ llamados; quier fuesse vno, o muchos: esto es, porque mas empezeria despreciamiento de vno, que non fuesse a tal fecho llamado, que contradicion de muchos que fuessen presentes quãdo lo quisiessen fazer.* Vbi Gregor. Lop. in glos. 1. verbo, *la mayor parte.* & glos. 5. verbo, *deuen llamar:* & glos. 6. verbo, *en tal logar:* & glos. 7. verbo, *despreciamiento:* Auend. in capitibus Prętorum, lib. 1. cap. 19. num. 14. Lambertinus, de iure Patronatus, art. 8. quæst. 2. principali, lib. 2. num. 10. Francisc. Marc. decis. 1340. & 1342. tradit copiosissime Azeued. in aditionibus ad Cu

riam

riam Pisanam,lib.2.cap.14.per totam glos. maximè num.3.4.5.& 6.cum sequentibus: vbi copiosissime ex pluribus a se congestis comprobauit,idem lib.1.cap.2.& est communis scribentiũ resolutio,in l.quod maior,ff.ad municipalem, copiosissimè Felin.in cap.cum omnes, de constitutionib.Bobadilla,lib.3.suæ Politicæ,cap.7. a nu. 60.cum sequentibus:todos los quales resueluen, que en los negocios graues del comun y vniuersidad, se han de citar y llamar todos los oficiales del Concejo,y que por vno que falte, no vale lo que se votò y hizo por la mayor parte del Concejo, y que era necessario que concurrieran todos,y que ninguno lo contradixera,especialmente para tratar de negocio tan graue,como es obligar los propios del Cõcejo,a la paga y seguridad de los dichos ochenta y cinco mil ducados.

bien dize hallado las dos 3s de los officiales al otorgamiento basta para ser valido el contrato

12 ¶ Lo qual no obstarà si se opusiere,que por auerse hallado las dos partes de los dichos oficiales del dicho Concejo,al otorgamiento deldicho poder,bastò para ser valido el contrato de venta que se hizo en virtud del,ex regula l.quod maior ff.ad municip.vbi probatur,quod in rebus,& negotijs vniuersitatis,quæ sunt communia pluribus vt vniuersis,valet id quod facit maiorpars,& iuxta glos.in cap.1.de rebus Ecclesiæ non alienãdis, cum pluribus perpensis ab eodem, Azeued. vbi sup.num.2.in additione,lit.B.

falencias de la regla general. esto se entiende quando todos fueron llamados y presentes sin faltar ninguno y votando se dividieron

13 ¶ Porque se responde,que la dicha regla general tiene muchas falencias y limitaciones,quas late congerit Dueñas, in regula 296. vna de las quales falencias es la de nuestro caso:porque aũque sea verdad,quod in pluribus negotijs vniuersitatis factum a maiori parte, valet, conforme a la dicha ley quod maior,y a todo el titulo de ijs quæ fiunt a maiori parte capituli:pero esto se entiende quando todos los presentes fueron llama-

dos

dos ſin faltar ninguno,y votãdo ſe diuidieron en dos partes,tunc enim ſeruabitur factum a maiori parte:pero no valdrà lo que votò la mayor parte, quando dexaron por citar y llamar a alguno de los oficiales del Concejo,que lo pudiera contradezir,como ſe prueua por la dicha ley 10. tit. 14.part.1.& per eundem Azeuedum, vbi ſupra num.3.ex innumeris ibi relatis.

14 ¶ Lo ſegundo ſe reſpõde,q̃ tãbiẽ la dicha regla ſe limita todas las vezes q̃ el negocio q̃ ſe trata pẽde de la volũtad de los capitulares,y no es negocio q̃ preciſamente les obliga a votarlo, como es el de que ſe trataua,como lo dixo elegantiſsimamente Steph. Gratian. diſceptat.forenſ. lib. 5.cap.933.num.5.ibi:*Amplius cum ſumus in negotio voluntario,non autem neceſſario,non ſufficeret conſenſus maioris partis collegij, & concilij, ſed requiritur omnium cõſenſus, quo non exiſtente,non obligantur illi qui non conſenſerunt, niſi eſset in euidentem vtilitatem collegij*.Y en nueſtro caſo tantum abeſt,que del dicho poder y contrato, que en virtud del ſe otorgò,aya reſultado prouecho al dicho Concejo y villa del Arahal,que ſi ſe huuiera de guardar y cumplir,era total deſtruyciõ y ruyna del dicho lugar, y vezinos del; & ita ſon muy a propoſito las palabras del caſo ſobre que hizo la dicha diſceptacion el dicho Doctor,y aſsi añade a las palabras de arriba las ſiguientes:*Quæ vtilitas nõ adeſt in caſu noſtro cum præſupponatur tranſactionem factam in duobus conſilijs eſſe multum præiudicialem vniuerſitati, Innocent. in cap humilis,de maioritate & obedientia,Ioãnes Andræas, in cap.vnico, de rerum permutatione in 6 quem refert & ſequitur Felin. in cap.cum omnis 6.num.17. de conſtitutionibus &c.*

15 ¶ Por

15 ¶ Por manera, que la regla general, quod factum a maiori parte vniuersitatis, vel a duabus partibus præsentibus valeat, deficiente maioris partis consensu, se limita, quando del acto que hizo la mayor parte, se siguio euidente y notoria vtilidad, & non fuit factum de necessitate, sed ex voluntate, tunc enim requiritur omnium consensus, quod retulit Antoni. Capicius, in eleganti sua decisione 4. num. 1. & num. 5. vbi probat, quod *iura disponentia præualere, & validum esse id quod á maiori parte gestum est limitatur, quando vniuersitas aliquid faceret non de necessitate, sed ex voluntate non procedente euidenti vtilitate, tunc enim requiritur consensus omnium.* La qual resolució procede no solamente quando se trata de negotijs & rebus, quæ sunt communia pluribus vt vniuersis, en que pudiera tener alguna dificultad, verum in his quæ sunt communia pluribus vt singulis, como lo es en nuestro caso el derecho de cobrar las alcaualas, y de pagarlas no tiene dificultad alguna, quod requiratur omnium consensus: ita Matthæus de Afflict. decis. 15. Vincent. de Franq. decis. 197. & Franc. Marc. decis. 469. quos adhoc refert & sequitur Arisminus Tepatus, lib. 2. variar. in tit. quod cuiusque vniuersitatis nomine, vers. Iura disponētia, facit in huius instituti confirmationem, elegans Camili de la Rata, cons. 83. qui num. 11. docet: *Factum à maiori, vel à minori parte vniuersitatis, esse nullum, quando omnes debuerunt audiri, & requiri, ex Felin. & Fabio de Annan. cons. 53. num. 26. & sequenti, quia vniuersitas non venit singulorum nomine, vt firmat Ioan. de Gras. in tract. de substitution. procura. vers. vniuersitatem, vel collegiū*

num. 1.

*num.*1. Y quando la mayor parte de la ciudad, o vniuersidad pide que se venda alguna cosa en per juyzio de la menor parte, no lo puede hazer, si lo hiziere, no prejudica la mayor a la menor, ad tradita per Innoc. cap. auditis extra de priuileg. Ias. in l. iuris gentium, §. hodie tamen, limitat. 10. ff. de pact. Capic. decis. 4. in 3. dubio, vbi addentes, Ioann. Vincent. de Annan. allegat. 53. num. 11. Franc. Marc. decis. 123. num. 27. par. 2. idem Camil. de Rata, vbi sup. n. 14.

Tertia nullitatis exceptio.

16 QVe quando se huuieran juntado todos los oficiales del Concejo a dar el dicho poder, y sin faltar ninguno, y que lo huuieran dado con licēcia y facultad Real, por auerlo dado al dicho don Diego, con condicion y pacto, que auia de otorgar la obligacion y cōtrato, conforme a vna instrucion que le auian de embiar a la villa de Madrid, firmada de algunos Abogados del dicho Concejo, y no de otra manera, como consta de las palabras del dicho poder, ibi: *Conforme a la instrucion y condiciones que al dicho don Diego de Ribera le remitira el Concejo firmada de algunos de sus Abogados, &c.* Por no auer querido esperar la dicha instrucion, y otorgado sin ella el dicho contrato, es indubitadamente ninguno: porque aquella condicion, o pacto inducit formam substantialem; ita Bald. in auth. matri, & auiæ, C. quando mulier tutelæ officio fungi possit, Ruin. cons. 159. num. 1. lib. 1. Parisi. cons. 97. num. 159. lib. 1. Socin. iuni. cons. 122. num. 19. lib. 1. Tiraq. de retract. conuent. §. 2. glos. 1. num. 3. Ias. in l. Gall. §. quidam, num. 2. ff. de lib. & posthum. Nat. cons. 430. num. 19. Neuizan. cons. 50. n. 14. Hon-

ded.conſ.60.nu.26.Bolognet.conſ.10. num. 14. Franſc.Beccius conſ.39.nu.19. & conſ.58.n. 18. Petr.Surd.conſ. 186. num.18.lib.2. Tiraquel.de vtroque retractu,§.1.gloſ.22.nu.13.& forma nõ ſeruata actu redditur nullus,l. 2. ff. de liber. & poſthu.Menoch.conſ.69.nu.48.Nata dict. conſ. 430.nu.16.tradit vtrumque Leander Galganet. de condict. & demonſtra.part.1.c.8.n. 8.& par. 2.c.1.q.21.nu.2.idem q.22.n.1.

17 ¶ Eſta reſolucion procede mas ſin duda en poderes,y mandatos que ſe dan para otorgar contratos, obligaciones, o teſtamentos, por el gran rieſgo que ſe podria ſeguir de no guardarſe la forma que en ellos ſe dà, eſt igitur in eis certa, & indubitata concluſio, quod debent adimpleri in forma ſpecìfica, & obſeruari exacta diligentia, c.cũ dilecta, de reſcriptis, & fines mandati diligenter cuſtodiendi, l. diligenter, in princip. ff.mandati, adeo vt eius forma conſeruata, corruant, non ſolùm ea, quæ fiunt contra mandati formam,ſed etiam geſta,præter citra, vel vltra formam mandati,cap.piſanis,& ibi Abb.in 6.notabili, num.5. de reſtitut. ſpoliator. c. ſi cui,de electione, lib.6. l.item eorum, §. ſed ita, & ibi Bart.nu.1.ff.quod cuiuſque vniuerſitatis nomine,Ioann.Andr.in c. prudentiam,colu.2.verb.citra formam, de offic. delegati,Felin.in dict.cap.cùm dilecta,num. 41. eod.tit.Pariſius conſ.47.n.50.lib.1.idem probatur in c.ſi cui,de præbendis.

18 ¶ Y la razon deſto es: *Quia huiuſmodi mandata, quorum fines diligenter ſeruari oportet, non debent ad caſus alios, quam ad expreſſos extendi*; lo qual en tanto grado ſe ha de guardar,que no es licito de ninguna ſuerte apartarſe de la forma del mandato, etiam ſi mandantis melior fiat conditio; lo qual prueua por muchos exemplos el Iuriſconſulto

no es licito apartarse dela forma del mandato aunque se haga en fabor del mandante

ſulto Paulo in dict. l. diligenter, y es el primero, ibi: *Si mandauero tibi, vt domum Seianam, mihi centum emeres, tuque Titia nam emeris longe maioris precij centum tantum, aut etiã minoris, non videris impleſſe mandatum, &c.*

19 ¶ De donde reſulta, q̃ al que excede los fines del poder, no ſe adquiere accion, ni derecho algu no para pedir aquello que ſe hizo, y otorgò en virtud del dicho poder, l. poteſt, ff. de eod. tit. ni puede prejudicar ipſo iure el mandatario, al que le dio el poder, l. ſi Procurator, C. de Procuratoribus, y de tal manera es ninguno el contrato que haze en virtud del dicho poder, que es lo miſmo no auer tenido poder, ni auerſele dado, q̃ no auer querido guardar la forma del, Bald. conſ. 402. nu. 3. lib. 1 Angel. conſ. 388. nu. 2. Socin. iun. conſ. 22. num. 16. lib. 3. Y no ſolamente ſe ha de guardar la forma del poder, pero qualquiera calidad que en el ſe ponga, cap. cum veniſſent, & ibi Bald. de eo qui mititur in poſſeſsionem cauſa rei ſeruandæ, & in d. c. piſanis, vbi Abb. n. 5. de reſtitution. ſpoliat. Iaſ. in dict. l. ſi Procurator, C. de procuratorib. & in tranſactionis, n. 1. C. de tranſactionibus.

20 ¶ La qual reſolucion procede, aunque la calidad conſiſta en coſa muy poca, qui non debet omitti, quod in mandatum expreſſum eſt, Anton. de Butrio in d. cap. piſanis, n. 9. porque no puede eſtar en poteſtad del mandatario añadir, ni quitar coſa alguna a la forma del mandato, ita Bald. in l. vltima, num. 4. C. de ſuis, & legitim. hæredib. & in l. contractus, n. 4. de fide inſtrument. Pariſ. conſ. 47. n. 42. cum ſeqq. lib. 1.

21 ¶ Eſt itaque omnino mandati forma cuſtodienda, tam circa res, & perſonas, quam circa locum, & tempus, l. qui Romæ, §. Calimachus, de verbor. obligation. quam ad hoc expendit Bald. in

l. 1.

l.1. §. igitur, verſ. Nota quod forma mandati, ff. de exercitoria actione: y don Diego en nada lo guardo, porq̃ no quiſo eſperar la dicha inſtruci, antes precipitando la haziẽda, y bienes, y propios del Concejo, dentro de onze dias como llegò, ſe concertò con los Eſtratas, y otorgò la dicha eſcritura, teniendo, como tenia preciſa obligacion de eſperar la dicha inſtruccion, y inſertarla en el dicho poder, pro facit optima Rotæ Romanæ deciſio 1. coram R.P.D. Alexandro Ludouiſio, poſtea Gregorio XV. Pontifice maximo, ita afferẽte: *Domini dixerunt ſententiam, A.C. eſſe reuocandam, cum enim in breui ipſi mandaretur, vt ad illius executionem procedere, ſi & poſtquam litteræ prouiſionis Alphonſi fuiſſent, coram eo præſentatæ, procedendo ad executionem, abſque dictarum literarum productione, & ſic forma reſcripti non ſeruata, nulliter proceſsit, cap. cum dilecta, de reſcriptis, cap. piſanis, de reſtitut. ſpoliator. cap. venerabilis, de officio delegat. Abb. in cap. cauſam, num. 10. de re iudicat. Angel. conſ. 138. num. 2 Deci. conſ. 603. num. 10. præſertim cum præſentatio literarum poſsita fuerit ſub conditione, Egidius deciſ. 668. Lapus allegatione 27. num. 10. Alexand. conſ. 218. nu. 1. lib. 2. ante cuius purificationem, nulla competit iuriſdictio, gloſ. in clement. 1. verb reperierint, de officio deleg. Cardinal in Clementi. 1. num. 18. de conceſsione præbendæ, Ancharran. conſ. 36. nu. 4. verſ. Item ex alio capite, Deci. dict. conſ. 603. nu. 9. in fin. Gozadin. conſ. 1 num 16.* la qual deciſion, aunque habla en materia de poder,

dado

dado para conocer de la causa que se juzgò por aquella decision, la razon porque alli se reuocò la sentencia, es la misma que milita en el caso del poder que se dio a don Diego de Ribera, porque alli se mandò al Iuez que procediesse en la causa despues de auerse presentado ante el las letras de la comision, y no antes, y el Iuez no las aguardò, y pronunciò la sentencia antes de auerselas presentado: y lo mismo hizo aqui don Diego de Ribera: & ita vtrobique debet militare eadem iuris dispositio, cum inuigeat eadem iuris ratio, quod est argumentum in iure validissimum, secundum vulgaria iura, quorũ innumera congessit Euerar. in topicis legalibus in cap. apparitate rationis, & ab identitate rationis.

22 ¶ Por manera, que no pudo valer, ni valio la dicha obligacion, por defecto de poder del mandante, que fue el Concejo de la dicha villa, que no tuuo poder, ni facultad de su Magestad para otorgarla, siendo, como era, precisamente necessaria, como se fundò en la primera nulidad: y tambien dexò de valer, por defecto de poder en el mandatario, porque no lo tuuo absolutè, y simpliciter, sino con la calidad de las condiciones y pactos de la instruccion q̃ se le auia de embiar, y q̃ se le embiò cõ tiẽpo; el qual no quiso esperar: y asi en el otorgamiento del dicho poder vinieron a faltar en el dicho Concejo, poder, y voluntad, y en don Diego de Ribera se encontraron poder, y voluntad, de donde resultò la nulidad del contrato, como lo dixo el Pontifice in cap. cum super Abbacia, de officio, & potestat. Iudicis delegati, ibi: *Voluntate, & potestate sibi mutuo aduersantibus cum nolluerit, quod potuerit, & quod voluit adimplere nequiuerit*: y es muy a proposito la doctrina de Sacio in l. 1. §. si quis ita,

nu. 1.

num. 1. ff. de verbor. obligat. vbi ita inquit: *Quod si partes se ad certam formam adstrinxissent, vel ex necessitate actus se se adstrinxisse intelligerentur, aut si tertij praiudicium ageretur, vel lege prohibente aliquid fieret, tunc voluit, non potuit, quod potuit non voluit.*

qui todo lo que se hace contra resistencia de lei y de derecho es nullo

23 ¶ Y es muy a proposito para el punto que vamos fundando, la l. multum interst, C. si quis alteri, vel sibi, ex cuius decisione deducitur, etiam prædictum vocar dicũ, vel axioma, quod potuit, nolluit, quod voluit adimplere nequiuit, optimus text. in vulgata l. non dubium, C. de legibus, donde se prueua, que todo lo que se haze contra resistencia de ley, y de derecho es nulo, ibi: *Nullum enim pactum, nullam conuentionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui cõtrahunt, l. contrahere prohibente, & ibi hoc est, vt ea quæ fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum in vtilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec dixerit specialiter in vtile esse debere, quod factum est.*

Quarta nullitatis exceptio.

24 Qve para otorgar el dicho poder, y ganar facultad de su Mageſtad para poderlo otorgar, auiendo de dar informacion de como era neceſſario, vtil y prouechoſo al Concejo y a los vezinos de la dicha villa del Arahal, comprar las dichas alcaualas, y obligar los propios a la paga y ſeguridad de los dichos ochenta y cinco

a bian.

mil

mil ducados porque las comprauan,y el buscarlos a cēso,e imponerlos sobre los dichospropios: porque es de derecho;que para qualquiera genero de enagenacion que se aya de hazer de los bienes de las ciudades, villas y lugares destos Reynos,es necessario que precedan de mas de la licēcia de su Magestad,de qua in prima nullitate egimus,sed etiam las solenidades,de quibus in l. vltim.C.de vendendis rebus ciuitatis,lib.11.iuxta Alexandri sententiam;conf.1.nu.14.lib.4.Cornei,cons.148.num.4.lib.1.Ruin.cons.125. col. 1. & cons.189. num.9. lib.1. docet Picus, cons. 44.Capici.decis.93. num.6. Craueta, cons.657. num.3.in fin.lib.4.Roland.cons.90.num.23.lib. 1.à num.17.vsque ad num.28.vbi plures solemnitates recenset,idem Picus,cons.44.tradit copiose Menoch.cons.726.a num.1.per plures sequentes,donde refiere desde el nu.2.hasta el 19. ocho solenidades y requisitos,precisos y necessarios para poderse obligar; y enagenar los bienes de las ciudades.

25 ¶ La primera solenidad es, que se han de jūtar antes de enagenar,todos los oficiales del Concejo, a deliberar si es vtil y prouechoso al dicho Concejo y vezinos,hazer la enagenacion, y que voten serlo,la mayor parte de los dichos oficiales,vt per eundem Menoch.d.num.2.vers.Prima est solemnitas, vbi refert alios plures idem tenentes.

La segunda solenidad es, que ayan alcançado los oficiales del Concejo licencia del Principe para otorgar la dicha obligacion,como arriba queda fundado en la primera nulidad,de qua per eundem Menoch.num.6. vers.Secunda est solemnitas,pro qua plures citat,vsque ad num.8. per totum.

La tercera,de qua num.9. que han de ser llamados

mados y conuocados todos, conforme a la costũbre que tiene, segun lo fundamos en el discurso de la segunda nulidad, pro quo idem Menoch. allegat Bursat. Crauetam, Decianum, Calcaneum, & alios.

La quarta, de qua num. 10. vsque ad num. 14. quod consiliarij re bene perpensa, & discusa declarent vtile esse vniuersitati prædictam alienationem.

La quinta, de qua num 15. & 16. que con juramento, los oficiales que se hallaren presentes, y a falta, otros del pueblo, aunque no sean oficiales del Concejo, declaren si es vtil y prouechoso a la ciudad, o villa, y a sus vezinos.

La sexta, de qua num. 17. que se traygan los bienes en pregones.

La setima, de qua num. 19. per plures sequentes, que la justicia interponga su autoridad y decreto judicial, idem Menoch. consl. 1169. per plures numeros.

De todas las quales solenidades faltaron en nuestro caso todas las que de derecho y leyes destos Reynos se requieren.

Quinta nullitatis exceptio.

26 QVe los Estratas no cũplieron de su parte cosa ninguna a que se obligaron, ni ganaron el priuilegio que auiã de ganar, para que el dicho Concejo y villa del Arahal quedasse por dueño, y señor de las dichas alcaualas: & ita, no auiendo cumplido ninguna de las condiciones contenidas en la obligacion, tal qual es la que otorgò el dicho don Diego de Ribera, aunque no tuuiera las nulidades y defectos que hasta aqui se han ponderado, ni sacado el dicho

preui-

preuilegio con nueua venta de las dichas alcaualas, inſerta en el, para ponerlas en cabeça del dicho Concejo, y villa, y hazerlos dueños dellas, como tuuieron obligacion, cõforme al dicho poder, baſtaua para no poder executar, ni vſar mas dela dicha eſcritura, porque es tan grande la fuerça de la excepcion del non implemento, que es la que con mas facilidad ſe admite para impedir el deſpacho del mandamiento de execucion, aunque aya ley, ordenança, o eſtatuto que excluya de la execucion todas las excepciones, eſta no ſe ha de tener por excluyda, vt per eundem Bart. in d. l. 1. §. & parui, ff. quod vi aut clam, Menoch. Crauet. Plotum, Burſat. Roman. Cephal. & non poteſt in re minima deficere, neque in vno minimo in non adimplendo pro parte ſua, & ſi deficiat, non valeuit, nec poterit obtinere, ita Iaſ. in authent. qui rem, C. de Sacroſan. Eccleſ. num. 16. plura congerit, idem Auguſtin. Morl. dict. num. 25. y eſta excepcion implementi non ſequuti, es tan preuilegiada, que no ſe puede preſcribir contra ella en ningun tiempo, l. licet, C. de exception. & quod poſsit opponi contra inſtrumentũ, & contra ſententiam, & in quacumque parte litis, & cõtra inſtrumentum iuratum, & non poteſt excipi contra eam quod inſtrumentum fuerit iuratum, vt ex Rolando à Valle conſ. 53. num. 30. lib. 1. y el que dize que ha cumplido, tiene obligacion de prouarlo, ſecundum Bald. in l. ſiquidem, §. extitiſſe, C. de exception. Decian. reſponſ. 17. nu. 2. lib. 1. Deci. conſ. 401. nu. 1. Finalmente eſt communis iuris concluſio, quod volens agere ex contractu, vltro, citroque obligatorio, in primis docere debet ſe adimpleuiſſe pro parte ſua, ſi ex aduerſo opponatur de non adimplemento.

27 ¶ Que es vna de las excepciones q̃ el Concejo opone contra los Eſtratas, diziendo, que no

han cũplido nada de lo que se obligaron, ac proinde, que quando no tuuieran en su fauor las demas razones de nulidad que quedan referidas, esta sola de no auer cumplido sobraua, para no tener obligacion de passar por el dicho contrato, l. Iulianus, §.offerri, ff. dę action.empti.l.ædiles, in fin. & ibi glossa, ff.de ædilitio ędicto, l. cum proponas.21.C.de pactis, ibi: *Nec aduersario tuo transacte vti concedendum est,nisi ea quæ placita sunt adimplere parata sit*,melior text.in cap. peruenit, & 2.de iure iurando, ibi: *Nec tui etiam si promissum tuum iuramento,vel fide obligatione interposita firmasses, aliquatenus teneris, si constat eum conditioni minime paruiße*,cap. frustra sibi fidem, de regul.iur.lib.6.l.28.tit.11.part.3. Socin. cõs. 273.num.2.lib.2.Puteus decis.340.num.2.lib.3. Roland. à Valle cons. 69. à num. 5. volum.4.& cons.53.volum. 1. num.4.& 27.Decius in d.l.cũ proponas, à num. 3. Aimon.cons.151.num.8.& 9.& cons.192.num.5.

28 ¶ Y en nuestros propios terminos, que por no auer cumplido los Estratas, la parte del Concejo no se pueda dezir està en mora,ni auer incurrido en ella, para poder ser executado, docet Corneus cons. 245. num. 1.Caputaquense decis. 108.num.6.& 7.part.2.Hieronym. Gonçal. reg. 8.glos.27.num.19.cum seqq.& dict.nu. 19. ibi: *Hac pertinet, quod si alia pars non adimplet, altera nõ dicitur esse in mora,nec de tali mora potest accusari*: nã exceptio ista non adimplementi dicitur litis finitę, & impedit ipsius litis ingressum, Castrens. in d.l.Iulian.§.offerri, Ias.in §. actionum, nu. 131. Institut.de action.& hæc exceptio non adimplementi, numquã sublata censetur cum oriatur ex ventre instrumẽti,ex quo oritur petitio, Roman. cons.

conſ.244.ſub nu.5.verſ.Breuiter, Alexand.conſ. 119.num.2.lib.1.Cephal.conſ.402. nu.19.lib.3. Aimon conſ.127.num.14.

29 ¶ Y en qualquiera minima parte que al actor le falte el cumplimiento de lo que ſe obligò, le baſta para que in totum repellatur, Bald.in l. pacta conuenta, nu.1.C.de contrahend.emption. Neuizan. conſ.50. num. 9.& 10.Beroi.conſ.25. nu.14.lib.3.latiſsimè,& nouiſsimè Ioann. Aloiſ. Ricci. in deciſionib. Curiæ, part. 3.deciſ.210.in tota, & num.5.dize, que es tan fuerte excepcion que ſe puede oponer en qualquiera tiempo, e inſtancia, para impedir la execucion, ibi: *Secũdo amplia, vt agens teneatur docere de obſeruantia contractus, quandocumque etiam ſecunda, & tertia inſtantia cũ exceptio non implemẽti poſsit opponi poſt ſententiam in illius executione*: & nouiſsimè etiam Steph. Gratian.tom.5 diſceptation.cap.851.num. 10.& cap.926. nu.3.ibi: *Nam cum in inſtrumento fuerit promiſſum facere conſentire moniales, & non apparet de huiuſmodi adimplemento, prout erat docendum per implere debentes, bene Iudex proceſsit, & rectè fuit actum*: & eod. to. 5.diſceptat. vltim. quæ eſt 1000. in num.25. ibi: *Quod ſi me obligauerim ad conducendum tot rubra grani ad aliquem locum, & in toto tempore, ſub pœna ſi mihi ſolueris precium grani ad rationem tot pro tali nibro, & tu non ſoluas precium, & ego non conduco granum, non incido in aliquam pœnam, aut moram.*

30 ¶ Y es tan conforme a todo derecho, que ſe ſacò della la ſentẽcia, o paremia, longo vſu comprobata,

probata, quod in fidis non est seruanda fides,&
quod frāgenti fidem, fides fragatur eidem, dict.
l.cum proponas.2.C.de pactis.l.diuisionis,ff.eod.
dict.l.quæro, §.interlocatorem, quæ iura ad hoc
expendit, Afflict.in cap.1.§.sed nec est alia,n.36
in tit. quæ sit prima causa beneficium amittendi,
vbi ait: *Fidem conuentionis non obseruantem, eius emolumento fore priuandum*; quod assumptum pluribus
exornauit, Francisc. Beccius in suo celeberrimo
cons. 45. per totum, Hercul.Mariscot. 1.lib.variar.cap.39.num.7.& 8.& lib.2. cap.121.n.97.
&98.vbi pluribus exornat Leand.Galganet.cap.
88.& innumeris alijs locis.

31 ¶ Contra lo qual no puede obstar la clausula del fin de la obligacion, en que dize, y declara don Diego de Ribera, que haze la venta en nombre del Concejo, Iusticia, y Regimiento de la dicha villa, en virtud del dicho poder, y conforme a la instruccion y ordē que tiene de la dicha villa; y que si algunos adbitrios pretendiere pedir a su Magestad, quier se les conceda, quier no, ha de ser obligada la dicha villa, Concejo, Iusticia, y Regimiento della a la paga y cumplimiento de la dicha cantidad, y lo demas contenido en esta escritura; todo lo qual declarado en ella los dichos Iuan Francisco, y Iuan Andrea Estrata, por lo que les toca, se obligaron de lo guardar, y cumplir, cō sus personas, y bienes, &c. Y el dicho dō Diego de Ribera, en nombre de su parte, la obliga, y sus bienes, y hazienda della, y se obligan en forma, y dan poder a las Iusticias.

32 ¶ Y luego pone la condicion siguiente. Y es condicion, que la dicha villa, Concejo, Iusticia, y Regimiento della, ha de ser obligada de ratificar, y aprouar esta escritura en todo, y por todo, como en ella se contiene, y con insercion della por ante escriuano, y en forma, y obligarse al cumplimiento

miento, y paga, guarda, y obſeruancia de todo lo en ella contenido, y entregar la dicha ratificaciõ en eſta Corte a los dichos Iuan Franciſco, Iuan Andrea Eſtrata, o a qualquier dellos dentro de vn mes primero ſiguiente deſde el dia de la fecha; y quier la ratifique, quier no, ſe ha de guardar, cumplir, y executar todo lo contenido en eſta eſcritura.

33 ¶ En las quales dos clauſulas parece que quiſieron los contrayentes valerſe de la clauſula, *Rato manente pacto*, y que el dicho Concejo quedaſſe obligado, aunque los Eſtratas no cumplieſſen las condiciones, y pactos de la inſtruccion, a cumplir de la ſuya, todo aquello que en la eſcritura de venta ſe obligaron, per text. in l. qui fidẽ, ff. de tranſaction. & in l. cum proponas, C. eod. tit. & per ea quæ tradunt ſcribentes in l. AEmilius Largianus, ff. de minoribus, cum alijs adductis ab Auguſtin. Beroi. conſ. 200. n. 13. lib. 1. & ab Steph. Gratian diſcept. forenſ. lib. 2. cap. 302. n. 3.

34 ¶ Porque ſe reſponde, que ſin embargo de las dichas clauſulas, por no auer cumplido los Eſtratas de ſu parte coſa ninguna de las que ſe obligaron en fauor del dicho Concejo, no les aproueche la dicha clauſula, ni puedenvalerſe della, quia eſt iure conſtitutum, quod vno contraueniente, altero obſeruare non tenebitur, quia talis clauſula non prodeſt non obſeruantibus, l. cum pater, §. libertis, vbi Bart. de legat. 2. idem Bart. & alij in d. l. qui fidem, nu. 10. ff. de tranſaction. Alexand. conſ. 32. num. 9. & conſ. 115. nu. 8. lib. 4. Barbac. conſ. 75. num. 14. & 15. lib. 3. Felin. in cap. peruenit. 2. col. fin. verſ. Quintus caſus, de iur. iurand. Corne. conſ. 40. col. 2. verſ. Primum eſt quod, lib. 2. Nata conſ. 676. nu. 15. Franciſc. Beccius. conſ. 45. num. 11. tradit Dom. Anton. de Padill. in d. l. cum proponas. num. 5. ibi: *Illud præterea*

hic est obseruatione dignũ, quod etiam si clausula hæc. Rato manente pacto sit à principio communis partibus ex post facto, solum prodest contractum obseruanti; Marta in tract. clausularum, clausul. 121. de rato manente pacto, donde num. 1. dize, que aunque esta clausula obra, que qualquiera pueda vsar de los remedios contrarios, ex dict. l. qui fidem, & d. l. cũ proponas, ex Bald. & Fulg. quos ibi refert: pero en el num. 2. dize: *Dic verum respectu obseruantis contractum, secus vero, respectu cõtrauenientis, quia in eius fauorem hæc clausula non operatur, cum in eius odium sit posita, & ideo ei prodesse non potest*; y prosigue refiriendo las dichas dos leyes, y muchos Autores que alli refiere a proposito eandem resolutionem sequutus est Frãcisc. Marcus Suar. decis. 1. part. q. 413. ibi: *Quia clausula rato manente pacto, videtur posita in fauorem seruantis contractum, & in odium contrauenientis*, per plura iura, & authoritates congessit, & omnium copiosissimè Francisc. Vegius cõs. 68. per plures numeros, y no se puede dudar, què quien contrauino al dicho cõtrato fueron los Estratas, por no auer querido impetrar el dicho preuilegio, y merced de su Magestad de las dichas alcaualas, ni guardar ninguna de las condiciones a que se obligaron; y con esto quebrantado el contrato, y dado causa bastante al dicho Concejo del Arahal, para eximirse de la obseruancia del, y quedar libre conforme a derecho, per omnia iura, & doctrinas Doctorum asserentium, frangentibus fidem, nullam fidem esse seruandam.

35 ¶ Lo ſegundo ſe reſponde, que el dicho don Diego de Ribera, quando el poder que tuuo fuerã dado con facultad Real, y con los demas requiſitos que de derecho ſe requerian, y quedan ponderados en las nulidades precedentes, no pudo poner la dicha clauſula, *rato manente pacto*, ni conſentir que los Eſtratas la puſieſſen, ni el eſcriuano a inſtancia dellos; ſupueſto que es de derecho que el mãdatario no puede obligar al mãdãte a cauſa mas graue y rigurosa que aquella q̃ ſe declararon en el poder, nec ad aliquod dãnum, aut pœnam, iuxta textum in Clementi. non poteſt, de procurator. Bart. in l. ſi procurator, num. 7. & Iaſ. nu. 5. ff. de condit. indebit. idem Bart. per text. in l. 3. §. ſi procurator, vbi etiam Alexand. ff. quod quiſque iuris, Felin. in c. 1. nu. 8. poſt Panorm. vt lite non cõteſtata, & in c. quoad cõſultation. de re iudi. cũ innumeris fruſtra referendis. Y eſta reſolució procede, aun que en el poder vẽga la clauſula, *cũ libera*, porque aunque es verdad que el Procurador, y el mandatario cum prædicta clauſula: *Con libre y general adminiſtracion*, puede hazer todo aquello q̃ aliàs requiere poder eſpecial, per text. in c. qui ad agendum, de procurator. in 6. quem interpretatur Couarr. lib. 2. variar. c. 5. num. 8. & eſt text. in l. mandatum generali, ff. de procurator. & in l. 19. tit. 5. parti. 1. cum innumeris alijs veruntamẽ hæc generalis regula limitatur, & non procedit in his, quæ ſolent afferre graue damnum, & præiudicium domino mandanti. Præmaxime, quod prope ſemper, la dicha clauſula ſe pone magis ex ſtylo Notariorum, quam ex mandato, & voluntate dominorum, iuxta Angeli doctrinam in l. licet, colum. 1. C. de locato, Bald. etiam in rubric. C. de his quę in fraudem creditorum, Panormitan. in c. 1. vt lite non conteſtata, num. 28. Gregor. Lopez in d. l. 19. tit. 5. parti. 3. y no puede ſer coſa mas

graue,

graue,y dañosa al dicho Cõcejo,que auerles obligado a tan gran suma de marauedis, sin guardar la forma del dicho poder,ni la instruccion cõ las condiciones, cõ que los auia de obligar,para que fuesse vtil y prouechoso alConcejo,y sus propios, y vezinos, como lo deuia hazer,conforme al dicho poder.

Sexta nullitatis exceptio.

36 ESta es la lesion enorme, y enormissima q̃ resulta contra el dicho Concejo y vezinos,delas entrañas dela misma escritura de vẽta,porque constando por ella misma, y por la relacion de la facultad Real que su Magestad concedio,que los Estratas solo tenian estas alcaualas en empeño de su Magestad por precio de ochenta mil ducados en moneda de bellon, las vendieron al Concejo en ochenta y tres mil en moneda de plata, y assi engañaron al Concejo en quarenta y quatro mil y quinientos ducados, respeto del comun premio que tiene el trueque de la plata oy, y tenia al tiempo que se otorgò la dicha escritura de venta, que es a cinquenta por ciento; y assi el premio de los ochenta mil ducados en plata,son quarenta mil,y luego tres mil ducados reduzidos a moneda de plata,vienen a ser quatro mil y quinientos: por manera que engañan al Concejo en los dichos quarenta y quatro mil y quinientos ducados: y assi en mucho mas de la mitad del justo precio,iuxta computationem, quam facit l. 1.tit. 11.lib. 5.recopil.vbi Matienç.Azeued. & omnes Regni scriptores.

37 ¶ Lo segundo,engañaron los dichos Estratas al dicho Concejo en la condicion,y pacto tan prejudicial q̃ les callarõ en la dicha escritura de venta;

venta; el qual despues su Magestad declarò en la Real facultad, ibi: *Con declaracion que en qualquiera tiempo que yo, o los Reyes mis sucessores quisieremos quitar, y desempeñar las dichas alcaualas, con la dicha jurisdicion, no seamos obligados a pagar mas de ochenta mil ducados*; la qual condicion es, *vn pacto de retrouendendo*: que diminuye el precio de las dichas alcaualas, y haze que valgan mucho menos de lo q̃ valian, si no se pusiera la dicha condicion y pacto, ita Panormitan. in cap. ad nostrã, num. 9. de emption. & vendit. & in cap. cum aliquibus, 2. notabili, de decimis, Corne. cons. 241. num. 11. lib. 1. & cons. 346. nu. vltim. dict. lib. 1. Ias. cons. 151. num. fin. & cons. 153. num. 2. lib. 4. Bartholom. Socin. cons. 15. ad fin. lib. 1. Marian. Socin. Carol. Ruin. Beltrãd. Deci. Cagnol. Matth. de Afflict. Tiraquel. & plures alij, quos refert & sequitur Matienç. in l. 1. tit. 11. lib. 5. recopi. à n. 25. cum seqq. idem probatur in l. fundi partem, ff. de contrahend. emption. & in l. 1. §. si hæres percepto fundo, ff. ad Trebel. quæ resolutio non tantum iure consultorum responsis, & Summorum Pontificum decretis comprobatur, sed etiam Sacræ Scripturæ eloquio, vt habetur Leuitici 25. ibi: *Quanto minus temporis numerabis, tanto minus emptori constabit*; & Theologorum testimonijs, vt Angel. Clauatius in sua summa, verbo, vsura, 1. nu. 66. Ioann. Gerson, in tractat. de contractib. part. 1. cons. 8. vbi inquit: *Sicut tanto pluris valet res, quanto ius, & dominium pingius, vberiusque trãsfertur, ita ex contrario eo minus valet, quo tenuis infirmiusque transfertur*, pro qua sententia extat celeberrimus locus omnino viden-



 dus,

dus, apud Tiberium Decianum 1.responsorum volumine, respons.2. per plures numeros, & maxime n.169. cuyas palabras, por ser tan al proposito de lo que vamos hablando, se referiran a la letra, que son del tenor siguiente.

38 ¶ *Praeterea adest, & pactum de retrouendendo in hac secunda emptione, quod non interuenerat in prima, quod quidem operatur, vt minus dicatur valere res vendita cum pacto de retrouendendo, quâm sine, vt notant omnes in dict. cap. ad nostram:* y luego va refiriendo los mismos Autores que Matienço, y las mismas autoridades que quedan referidas; que parece auerse visto, y trasladado el vno al otro, sin alegarse: tandem, en el n.170. afirma que este menos valor que causa el grauamen del pacto de retrouendendo, viene a ser casi la tercia parte del valor de la cosa vendida, para la qual opinion refiere al mismo Bartholom. Socin. d. consl.15. ibi: *Et si dubitetur quanto minoris valeat res cum pacto, quam sine, id tradit Socin. cons.15. visis praedictis, colu. vltim.1. volum.* vbi expresse dicit: *Quod quae valent centum, sine hoc pacto valebunt septuaginta cum pacto, & sic pactum hoc facit decrescere precium, paulô minus, 3. part.* modo igitur, juntando esta tercia parte que el Concejo recibe de agrauio en obligarle a pagar en plata doble, que viene a mõtar quarenta y dos mil y tantos ducados mas, viene a ser la lesion mayor que enormissima, y assi el contrato viene a ser nulo tãbien por razon de la dicha lesion enormissima, ex l. si superstite, C. de dolo, ibi: *Sane si laesa est immodice, quia enormissima laesio habet dolum praesumptum*, l. omnes, §. Lucius, ff. quae in fraudem creditor. ita Corne.

cons.

conſ.189. lib.1.& conſ.214. lib.3.& poſt Pinel. Anton.Gamm.deciſ.94.in proceſſu agitato inter Alphonſ.Caldieram, & Yſabelam Antuñez, &c. Idem deciſ.95. Contra lo qual no obſtan los teſtimonios preſentados por los Eſtratas, por los quales pretenden prouar, que eſtas alcaualas valen mucho mas de los dichos ochenta y tres mil ducados.

Porque ſe reſponde, que eſſos teſtimonios podian ſer de conſideracion, ſi las alcaualas fueſſen en propriedad del Concejo, pero ſiendo de ſu Mageſtad, y eſtando ſolo en empeño, claro eſtà que ſi valen mas, que ſu Mageſtad dirà mañana que las quiere, y darà al Concejo los dichos ochenta mil ducados en moneda de bellon, como lo pone por condicion en ſu Real facultad.

Lo ſegundo ſe reſponde, que ſi valen mas, el Cõcejo les quiere hazer eſta gracia de que ſe quedẽ con eſſe mas valor, y con las dichas alcaualas los Eſtratas, y gozen dellas con el dicho mas valor.

40 ¶ Conforme a lo qual, ſiendo tan notoria la leſion, y teniendo el Concejo pedido contra ella reſtitucion in integrum, eſte remedio impide la execucion de derecho del Reyno quando ſe puede juſtificar dentro de los diez dias, como contra Auendaño ad l.4.& 5.tit.de las excepciones, nu. 44. y contra Olano in antinomijs ad Villalobos lit.E.num.24. lo tuuo Rodrig.Xuarez, y otros, a quien refiere Azeued.in l.1.nu.59.tit.21.lib.4. recopil. y el ſeñor Doctor Valdes en las adiciones a Rodrigo Xuarez in repetione. leg. poſt rem iudicatam, num.49.ff.de re iudic.Ioann.Gutierr. ad nouam recopil. lib.1.q.111.per totam plura comulauit, Lancelot.de attentat.2.par.cap.17. de attentat.reſtitutione in integrum pẽdenti, per totũ, vbi pluribus exornat Mariſcot.lib.2.variar. cap.121.num. 14. Flores de Mena lib.2.variar.

q.5.num.49. Scacia de appellation.q.19.rem.2. conclus.2.nu.110.Ioann.Alois.Riccius, collecta. 188.Mastril. decis.30. Marius Giurb. decis.19. vbi per totam, eleganter distinguit & resoluit. Carroc. de remed. executiuis, aduersus prȩiudiciales sententias,& damnosas executiones,exceptione 48.n.24.& n.31.

Superadditur etiam,que juntamente con la restitucion se fue apelando,& talis appellatio deuoluit, sic spendit, & extinguit iudicatum, cap.veniens, de iur.iurand.c.non solum,de appellation. in 6.cum mille similibus adductis ab eod.Mario Giurb.dict.decis.n.1.& 2.

41 ¶ Tandem pro coronide huius articuli,se pondera por vltima excepcion contra la dicha execucion,auer las mismas partes,conociendo todos los defetos que quedan referidos, tratado por cartas que se embiaron por el Concejo a los Estratas, y por los Estratas al Concejo, de distratar la dicha obligacion: el qual intento tuuo siempre el Concejo desde la primera hora, porque viendo q̃ en el otorgamiento de la dicha escritura, no se guardò cosa alguna de lo capitulado,ni de lo que se dexò por capitular conforme a la instruccion, no quiso aceptar la dicha escritura, ni otorgar aprouacion, ni ratificacion della, antes escriuio la carta dando a entender a los Estratas la imposibilidad que tenian para no poder estar, ni passar por la dicha escritura de venta, por la imposibilidad que tenia el cumplimiento de la paga, a que respondieron los Estratas consintiendo, y aprouãdo el distrato en aquellas palabras de su carta,ibi: *Que para que se conozca,quan enemigo es de pleytos, y lo engañado que ha sido el Concejo en aquella compreda, aunque su justicia es llana, si dentro de vn mes el Concejo embiare poder*

der baſtante a la Corte para darle por libre de la venta que en ſu fauor otorgô, para que ſus alcaualas queden libres, y las pueda vender, y diſponer dellas a quien y como quiſiere, dará por libre al Concejo de la obligacion, cõpra, y precio dellas que en ſu fauor otorgó; con que ſe acabaran las diferencias que en eſte caſo podian auer, y el quedarà muy cõtento con ſu hazienda.

42 ¶ Ecce verba ambarum partium formaliter importãtia diſtractum de la dicha venta, porque ſupueſto que las dichas cartas ſe eſcriuieron antes de la dicha aceptacion del Concejo, & ſic re integra, auiendolo aceptado los Eſtratas ſu deſiſtimiento, quedò libre el Concejo, y ſus propios, iuxta Iuliani ſententiam in l. cum emptor, ff. de reſcinden. vendition, vbi probatur, quod in cõtractibus correlatiuis facta reſolutione ab vna parte, totus contractus reſoluitur, que ſon palabras formales de Bartolo, pero mas elegantes las del miſmo Conſulto, que dize aſsi: *Cum emptor venditori, venditor emptori acceptum faciat, voluntas vtriuſq; oſtenditur, id agentis, vt à negotio diſcedatur, & perinde habeatur, ac ſi conueniſſet inter eos, vt neuter ab altero quidam peteret.* De ſuerte, que aſsi como por cõſentimiento de los Regidores que ſe hallaron en el Concejo a dar el poder, y de don Diego de Ribera, a quien ſe dio, quedò otorgada la dicha eſcritura, por el miſmo conſentimiento quedò diſtratada, y deshecha, ex l. 1. C. quando liceat ab emptione diſcedere, vulgata iuris regula, per quas cum cauſas res naſcitur per eaſdem diſoluitur, & altera regula, nihil tam naturale, quàm vnumquodque diſoluit, colligatum eſt, &c. Y no ſe puede dudar auer podido arrepentirſe el Concejo, & reſilere ab illo contractu, & eſſe rem in-

tegram: ſupueſto que los Eſtratas no cumplieron de ſu parte a tiempo ninguna de las coſas a que ſe obligaron, ni ſacado el preuilegio y nueua venta de las alcaualas en cabeça del dicho Concejo.

43 ¶ Todas eſtas nulidades es coſa cierta que nacen del coraçon, vientre, y entrañas del miſmo poder, y del dicho contrato, y en eſte caſo es de derecho que qualquiera dellas impide el mandamiento executorio, y el ingreſſo de la execucion; ſin que ſea neceſſario reſeruar las dichas excepciones, y nulidades para el termino de los diez dias, ita Bart.in l.1.§.& pauci,num.3. ff.quod vi aut clam, Alexand. conſ. 20. num.2. & 3.lib.6. Sarnen. in compendio ſignaturæ, nu.84. Achil. de Graſis deciſ. 3. Felin.in rubric. de exception. num.2.Socin.conſ.17.num.3.verſ.Secundo compulſus. lib. 4. Iaſ. conſ.170.verſ.Et ſi diceretur, lib.2. Caſador. deciſ.10.de reſcriptis. Y la razon deſto es, porque la nulidad del inſtrumēto, reddit probationem nullam, qua ſublata non poteſt dici conſtare de obligatione, Afflict.deciſ.285.nu.1. Roman.conſ.42.deciſ.Rotæ 5.& 6.de fide inſtr. in antiquis, Afflict.deciſ.160.Capicius deciſ. 29. num.2. Y eſtas excepciones de nulidad retardan de tal manera las obligaciones, quando nacen del vientre dellas, que impiden el mandamiento de execucion, aunque aliàs ſean de las que requieren mayor conocimiento de cauſa, ita Caſador.dict. deciſ.10. Sarnen. vbi ſupra d. deciſ.89.Bald.in l. ex prędijs,num.1.C.de euictionib.Roman.conſ. 42.num.3.Deci.conſ.8.nu.7.cum ſimilibus, candem ſententiam ſequutus eſt, Hercul.Mariſcot. lib.2.variar.cap.21.à n.33. cum ſeqq. y tratando de obligationibus in forma Cameræ, idē Statilius Pacificus retulit Rotæ Romanæ deciſ.73.per totam, vbi pluribus exornat prędictā reſolutionē, idem Mariſcot.vbi ſupra, num.37.

44 ¶ Y lo

44 ¶ Y lo mismo quando se oponen semejantes excepciones contra sententiam transactam in authoritatem rei iudicatæ, vt per eundem Mariscotum vbi proximè, num. 37. & 38. ex l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudicat. post Abb. Roman. Oldrald. Cephal. Corne. Afflict. Contard. Couarru. quos ibi refert & sequitur: y tratando generalmente de las nulidades post Banzium. Mandos. Ruin. Rip. Grammat. docet copiosissimè Lancel. de attentat. nullitate pendente, 2. part. cap. 17. n. 93. Augustin. Morl. in emporio iuris, tit. 5. de in integr. restitu. q. 3. n. 24. & 25. cũ seqq. ita etiã decidit Flami. Carthar. decis. 20. n. 15. vbi ita inquit: *Quo tanto magis procedere in proposito casu, si actio, & exceptio ex eodem instrumento venient: nam exceptio, sicut actio viam haberet executiuam, secundum Bald. in l. ex prædijs. C. de euictionib. col. 1. vbi dicit: Quod quando ex eodem instrumẽto actio venit, & exceptio, ita exceptio guarentigia est, sicut actio, argumento legis eum qui ita, §. qui ita, de verborũ obligationib. secundum eum, quem refert & sequitur Corne. cons. 291. nu. 8. lib. 3. & Seraph. de priuileg. iuramenti, priuileg. 77. post nu. 31. vers. 15. & vltimo ampliatur, sentit Antoni. de Canario de executione instrumentorum, quæst. 126 & si creditor peteret coram eodem Iudice instrumentum exequi, in executione superſederi debet, Antoni. de Canario in dicto tractatu de execution. instrument. quæst. 51. num. 90. in fin.* hactenus Cattai. que es decision bien a proposito de nuestro caso. Esta misma resolucion tuuieron primero Bartulo, Baldo, y Felino, Iason. Decio, Alexandro, Romano, Cephal. Nata, Craso, Turreto, y despues Suarez Bertazal.

Eugenio Guarnerio, Bardellono, Mascardo, Beccio, Parladoro, Cancer. Surdo, Ossasco, a los quales sigue, y refiere Mario Giurba decis. 60. nu. 10. las quales excepciones tienen tanta fuerça para impedir el ingresso del pleyto executiuo, y el despacho del mandamiento executorio, que el Iuez tiene obligacion de suplir de su oficio esta alegacion, si la parte no la alegò: esta es opinion de Turreto, de Romano, de Craueta, Deciano, Ossasco, Bursato, Parisio, Cancer. quos recenset, & sequitur idem Marius Giurba vbi supra num. 11. aunq̃ el instrumento sea liquido, y jurado, y la excepciõ no sea liquida, hora se oponga contra instrumento, hora contra sentencia, modo exceptio ex eius visceribus orta sit, ad tradita per supradictos in locis à Mario Giurba relatis, & omnium copiosissime à Morla vbi supra nu. 25. per totum.

45 ¶ Ex quibus omnibus, con justissima razon el dicho Concejo pretende que no huuo lugar despacharse el mandamiento de execucion, porque de la misma obligacion de donde auia de nacer la accion executiua, nacieron las dichas excepciones que impidieron el nacimiento della, y fue a vn mismo tiempo el nacer, y morir de la dicha accion; por manera que no tuuo tiempo de ser, ni deuida, ni fuerça para poderse executar, quia in ea obligatione fuerunt simul tempore, & natura mors, & vita contractus, & obligationis, & sicut causa, & effectus, quæ vno eodemque temporis momento, fueron, y dexaron de ser, & posita se posluerunt, & perẽpta se perimerunt, iuxta elegãter, & per accutã Aristot. doctrinã in prędicamẽtis, c. đ prędicamẽto relationis, vel ad aliquid.

46 ¶ Con que se responde a la opinion de los Doctores que tuuieron que la excepcion de nulidad no podia impedir la via executiua: porque la dicha opinion procede quando la dicha nulidad

no

no nace del vientre del instrumento, y requiere mas alto conocimiento de causa, y quando se trata de la nulidad per viã actionis, tunc enim Doctores supradicti volunt, quod executio instrumẽti non impediatur per nullitatem oppositam, Vincent. etiã de Frãch. decis. 363. Flamin. Cartar. decis. 113. y otros muchos, a quien refieren Mariscot. Statil. Pacific. Lancelot. & fere omnes supra relati.

Secundus Articulus.

47 SEd contra omnia supradicta, se opone por parte de los Estratas, q̃ la vẽta y cõpra de las dichas alcaualas se hizo, y otorgò cõ facultad de su Magestad, ganada a pedimiento del dicho Concejo del Arahal; en la qual su Magestad da licencia al Concejo para que puedan obliger a la paga de los ochenta y cinco mil ducados, los propios del dicho Concejo, y para que los tomen a censo de donde los hallaren, y los impongan sobre los dichos propios: y auiendose otorgado confor me a la relacion de la dicha facultad, no puede tener los defectos y nulidades que se le opone por el dicho Concejo, por dezir no tuuo licencia de su Magestad, supuesto que despues la ganò el dicho Concejo para el dicho efecto, y quedò con ella ratificado el dicho poder, y aprouada la dicha venta, cum sit proprium confirmationis, ius antea quęsitum corroborare, vt notat glos. in c. fin. de confirmat. vtili vel inutili, Oldrald. cons. 164. & alij plures relati à Iacob. Cancer. lib. 3. variar. resolut. c. 3. n. 177.

48 ¶ A esta oposicion se responde modis seqq. Lo primero, que no es cierto auerla ganado el Cõcejo, y que quien la pudo ganar, y ganaron, fueron

los mismos Estratas, como personas à quien incũbia el confirmarse, para suplir los defetos, y nulidades del dicho poder, y de la escritura de venta, para que por este medio quedasse expressa, o tacitamente aprouada, y ratificada por el dicho Concejo la escritura de vẽta, y el dicho poder, para lo qual sin interuencion de poder, ni de persona ninguna del dicho Concejo, los susodichos dieron en el Consejo peticion, o memorial, para ganar la dicha facultad, haziendo relacion que el dicho Concejo suplicaua se le concediesse, y no ay duda, y de derecho se presume auerla dado los dichos Estratas, y ganado ellos la dicha facultad, y no el dicho Concejo, por ser vtil, y prouechoso a los susodichos, y dañoso y perjudicial al dicho Concejo: y esto es conforme a derecho, y se prueua elegantissimamente por el argumento de la presumpcion Casiana, de que tantas vezes vsò Cicerõ, primo in oratione pro Tito Annio Milloni, ibi: *Itaque illud Casianum cui bono fuerit in his personis valeat*, & in oratione pro Sexto Roscio à Merino, ibi: *Lucius Casius ille, quẽ populus Romanus verissimum, & sapientissimum Iudicem putabat identidem in causis quærere solebat cui bono fuisset*, & in lib. 2. de finibus malorum, & bonorum, & probatur eleganti doctrina Alberici in l. 2. §. si quis ita in suo, ff. ne quid in loco publico, quem text. ad id expendit, etiam D. Ludouicus de Molina, de Hispan. primog. lib. 2. cap. 5. num 44. & 45 *Ad probandum neminẽ facimus aliquod committere, vel pecuniam suam in eo, quod alterius commodum contingit expendere, sed semper eßet præsumendum ad eo fore patratũ, qui ex eo cõmodum sentit*; y no

y no se puede negar estar muy mal al dicho Concejo, y vezinos del Arahal el comprar las dichas alcaualas, y ser de mucha vtilidad y prouecho a los dichos Estratas el vẽderlas al dicho Concejo; y en esta conformidad lo vemos juzgado por la Rota, vna, y muchas vezes, apud Iabobum de Puteum decis. 268. num. 4. lib. 3. ibi: *Secundo quia de nullo lucro ipsius Gũdisalui tractaretur, sed tantum de eius præiuditio*; & decis. 299. nu. 2. vbi ita inquit: *Eandem diem 19. Mart. 1550. in vna legione si canonicatus, & prabenda, præsupposito, quod tempore data supplicationis Gundisalui, per quem alias diuersa commissiones, & supplicationes eiusdẽ Gundisalui scripta apparent, & stante mandato de super ad præstandũ consensum post datam supplicationis, an præsumatur propterea supplicationem, de qua in actis per eundem Gundisaluum, aut de eius mandato porrectam fuisse: & fuit resolutum; quod ex istis non præsumeretur porrectio de mandato Gundisalui; non obstat quod Gundisaluus esset in Curia Præsens: quo casu præsumebatur de eius mandato porrectio, ad not. per Felin. in cap. non iud. §. sunt & alij, in 6. col num. 15. de rescriptis, per Sarnens. in regul. de publican. q. 5. nu. 13. quia fuit responsum: quod hic eramus in actu, in quo modica impensa requirebatur, & tractabatur de præiudicio ipsius Gundisalui, & de nullo eius fauore, vt putà de simplici resignatione, absque eo, quod alicui in supplicatione reseruaretur, & ideo non præsumitur de mandato*

dato Gundisalui porrecta; & apud eundem eodem lib. decis. 299. n. 2.

Y no obsta auerse hecho relacion en el Cõsejo, y en la dicha facultad para ganarla, que la pedian los Estratas, iuxta elegantem Rotæ decisionem apud Seraphinũ Oliuarium 560. in princip. ita asserentem: *Quamuis in confirmatione statuti impetrata à Sede Apostolica Capitulum, & Beneficiati, tam quam supplicantes enũtientur, tamen domini non habuerunt, hanc pro concludenti probatione: quod Capitulum hanc cõfirmationem impetrauerit ad defectum de quo agitur:* y luego responde al consejo 136. nu. 3. de Oldraldo, q̃ quiso aconsejar lo contrario.

49 ¶ Lo segundo se responde, que la dicha facultad se ganò cinco, o seys meses despues de otorgado el dicho poder, y de la escritura de venta: y asi no pudieron quedar ratificados con ella, porq̃ es de derecho que quando la licencia, o facultad de su Magestad se requiere para algun acto, ha de preceder, o interuenir, y si no precede, o interuiene, no vale el acto, iuxta textum in l. si quis mihi bona, §. iussum, ff. de acquiren. hæredit. ibi: *Iussum Prætoris præcedere debere*, vbi glos. & Bart. nu. 5. Alexand. num. 9. Paul. Castrens. nu. 8. & scribentes in l. obligari, §. tutor, ff. de authorit. tutor. cum pluribus adductis à Ludouico de Molina lib. 2. cap. 7. num. 2. de primog. copiose etiam Marinus Freccia de subfeudis baronum, lib. 2. c. vndecimo quęro, n. 1. & 2. optima in terminis decisio Matth. de Afflict. 355. vbi per totam, post innumera ab eo copiose, & eleganter congesta, decidit, & concludit: *Assensum, & facultatem concessam ad aliquid in futurum faciendum, non trahi ad præteritum*, quam

deci-

decisionem copiose exornauit Vrsilius, vbi plures idem tenentes congessit à n. 1. vsque ad finalem, Prosper. Carauita, ibidem Marcus Anton. Puluerint. ibidem Petr. Surd. decis. 173. n. 2. post eund. Afflict. in cap. Imperialem. num. 39. de prohibita feudi alienatione per Federic. & decis. 189. per plures numeros, y se ha de hazer relacion en la dicha facultad que se hizo, y otorgò en virtud della la escritura, de cuya confirmacion se trata en la dicha facultad, secũdum tradita per Bald. in c. 1. §. item Sacramenta, de pace iuramento firmanda num. 19. Felin. in cap. qualiter & quando, de accusat. n. 16. verb. limita quarto, Hipolyt. in singular. 169. itaque est certa, & indubitata iuris cõclusio, quod vbicumque requritur Regius assensus, ante confessionem actus, vel in ipso si non præcedat, aut inrersit, sed subsequatur non conualidat, nec ratificat actum præcedẽtem, vt post supradictos tradit idem Matth. de Afflict. decis. 355. num. 2. Vincent. de Franch. decis. 105. num. 1. Vincet. de Annon. allegation. 36. nu. 5. & probatur in l. 42. Tau. in prin. ibi: *Ordenamos, y mãdamos, q̃ la licencia del Rey para hazer el mayorazgo preceda al hazer del mayorazgo: de manera q̃ aunq̃ el Rey de licencia de hazer mayorazgo, por virtud de la tal licencia no se confirme el mayorazgo que antes estuuiere fecho.*



50 ¶ Sed contra supradicta, se opõdrà por parte de los Estratas, quod assensus Regis, vel superioris requisitus ad validationem actus, non solũ potest pręcedere, & interuenire, sed etiam ex post facto subsequi, como sucedio en este caso, vt consuluit Marc. Anton. Nata cons. 126. num. 6. volum. 1. decidit Francis. Viuius decis. 530. n. 1. cum seqq. tradunt etiam Claudius Canciuncula cons. 1. nu. 88. Albertus Leonin. cons. 78. nu. 11.

cum pluribus allegatis à Ioann. Baptist. Costa de retroctation. cap. 8. casu 10. num. 8. Cæsar Vrsil. ad d. decis. Afflict. 355. ante num. 9. idem Ioann. Vincent. de Annan. d. allegation. 69. n. 62. idem Matth. de Afflict. in constitution. constitutionem diuæ memoriæ, n. 80. Anton. Gamma. decis. 215. n. 6. & decis. 345. nu. 3. Ioann. Neuizan. cons. 93. Paris. de Puteo de reintegratione feudi, cap. 271. incipiēte: An cōsensus, per totū, Camil. Borrel. in summa decisionum, tit. 36. n. 15. Bursat. cons. 30. n. 34. cons. 32. n. 12. cons. 76. n. 51. cons. 49. n. 25. & cons. 50. num. 28. y demas de lo dicho ponderaran en su fauor la limitacion que haze la dicha l. 42. de Toro, ibi: *Saluo si en la licencia expressamēte se dixere, que aprouaua el mayorazgo que estaua fecho*, cum ibi traditis à Matienç. & ab alijs eiusdem legis glossatoribus, & à D. Ludouic. de Molin. de primogen. lib. 2. c. 7. n. 2. & 5. & per totum caput: con que pretenderan que aunque la facultad se aya concedido mucho despues del dicho poder, y escritura de venta, los ha de confirmar conforme a las dichas doctrinas, y suplir qualesquier defetos y nulidades que ayan tenido, conforme a la glossa, in cap. si Romanorum, 19. distinct. verbo, desunt, que tuuo, que la facultad concedida despues de hecho el acto que la requeria para su validacion, la confirma, aunque en ella no vaya inserto el tenor de la escritura, quæ confirmari contēditur.

51 ¶ Para responder a esta dificultad, es necessario presuponer vn principio general en esta materia, videlicet, que los preuilegios, y facultades confirmatorias, concedidas respecto de algun acto, obligacion, o contrato, que para que valga, se deue confirmar, son en dos maneras; vnas en forma comun, y otras en forma especifica: confirmatio in forma cōmuni est, quando Princeps confirmat

firmat priuilegium cõditionaliter, videlicet, quatenus sit validus talis actus, ita notant DD. in rubrica de confirmation. vtili vel inutili, & in cap. quia diuersitatem, de conces. Prebende: y tābien se llama preuilegio en forma comun quando el Principe confirma sin condicion, sed sine causæ cognitione, vt per Deci. in rubric. de confirmat. vtili vel inutili, ad fin. & per Bossium. in tit. de Principe, & eius priuilegijs, n. 356. vbi allegat Felinum in cap. inter dilectos, de fide instrument. & Ancharran. cons. 382. D. Molin. de primog. lib. 2. c. 7. n. 7. Auendañ. in d. l. 42. Taur. glos. 3. num. 1. ad fin. Georg. Caued. copiosissimè decision. lib. 2. decis. 2. n. 2. post innumeros, quos ibi retulit.

Confirmatio vero in forma specifica illa dicitur, quam Princeps concedit, informatus plene de facto, atque de eiusdem facti circunstantijs, & cũ causæ cognitione, ita Deci. in rubric. n. 2. de confirmation. vtili vel inutili, Rebuf. in concordata, in rubr. de Regia ad prælaturam nominatione, in verb. confirmationes, in vers. Nota, D. Molin. vbi supr. n. 9. Llamase tambien confirmacion in forma specifica, quando tenor rei confirmatæ insertus est in cõfirmatione, iuxt. tex. in c. examinata, vbi Abb. d. titul. do confirmation. vtil. vel inutil. Alexand. cons. 1. col. 12. lib. 5. y tambien se llama cõfirmacion en forma especifica, quando el Principe la concede cũ clausula ex certa scientia, &c. vt post Aretin. Bart. Deci. Roland. Molin. Anton. Gabr. tradit idem Georg. Caued. vbi supra n. 13. idem probatur in l. 2. tit. 18. part. 3. ibi: *E si fuere de confirmamiẽto, deue dezir, como vio el preuilegio de tal Rey, o de tal ome cuyo fuesse el preuilegio que quisiesse confirmar, e deue todo ser inserto en aquel que da de confirmamiento.*

52 ¶ Lo segũdo, que entre estas dos especies de confirmaciones ay gran diferẽcia: porque la confirma-

firmacion in forma communi, nihil dat de nouo, y solo da fuerça a lo confirmado, para que valga, como se guardaua antes de la confimacion, pero no suple las nulidades y defectos, si los tenia, d. c. quia diuersitatem, de concess. Prębend. c. illam ne, de Sedeua cãte, ita Speculat. Oldral. Abb. & alij, quos refer & sequitur Christophor. de Paz de tenuta lib. 2. c. 57. num. 15. & probatur in d. l. 2. ibi: *Pero si fuere de confirmamiento de algun preuilegio que el Rey no quisiere confirmar a sabiendas, o de que no supiere la razon sobre q̃ fuere dado, o confirmado, deue dezir, que confirma lo que los otros fizieron, e que manda q̃ vala assi como valio en el tiempo de los otros que lo dieron:* ita exornauit Velazquez de Auendañ. in d. l. 42. glos. 3. n. 2. pero la confirmacion in forma specifica habet vim nouæ concessionis, y quita las nulidades, vicios, y defectos del acto que viene a confirmar, y le dà valor, y fuerça, omni impedimento sublato, c. 1. de transacti. ibi: *Si cui forte in Curia, vel imperitia minus firmitatis insertum est, vires plenissimæ notionis, ex hac nostra authoritate suscipiat;* & in cap. veniens, eod. tit. Bart. in l. priuilegia, C. de Sacrosan. Eccles. & alij plures relati ab eodem D. Christoph. de Paz vbi supra numer. 314.

52 ¶ Quibus ita constitutis, respondemos lo primero, q̃ esta facultad no es confirmatoria del poder, y de la venta, sino vna licencia que los señores del Consejo dieron para tomar censo sobre los propios del Codcejo, y en razon desto otorgar todas las escrituras que fueren necessarias para la paga y seguridad de las dichas alcaualas; y estas escrituras son las que su Magestad, y los señores del Consejo confirmaron, como parece por aquellas palabras, ibi: *Y para que sobre todo ello*

ello podays otorgar las escrituras de censo, y obligacion, y otras qualesquier que para seguridad de lo susodicho se requieran, haziendo qualesquier hipotecas de los dichos vuestros bienes, propios, y rentas, y dehesas, y de las dichas alcaualas en la forma dicha, que hechas por vos las dichas escrituras, las aprueuo, y he por firmes, bastantes, y valederas: y mando que sean guardadas a las personas en cuyo fauor las otorgaredes, &c. Quæ sane verba, bien claro muestran que confirman las escrituras que se auian de hazer en execucion de la dicha facultad, y no la del poder, y venta que seys meses antes estaua hecha; porque las confirmaciones, o facultades confirmatorias no se pueden estender a mas de aquello que las palabras comprehẽden, neque possunt extendere confirmatum vltra iura confirmati, vt ex pluribus à se adductis, docuit Antonius Petra de potestate Principũ, c. 32. n. 59. vbi plurib. exornat Seraph. Oliuar. decis. 615. n. 8. vbi ait huiusmodi confirmationem non extendere dispositionem, sed tantum confirmare, quod in ea reperitur expressum: y asi no parece conforme a razon querer, que la dicha licencia, que para ser confirmatoria requiere tãtos requisitos, se aya de estender contra su propia naturaleza a comprehender lo que tanto tiempo antes estaua hecho, con las nulidades y defetos que en el primero articulo quedan ponderados, contra las palabras de la misma facultad, quæ est strictissimi iuris, y contra la mente e intencion de su Magestad, y Señores del Consejo, quorum actus non debet operari citra, neque vltra pręter, aut contra eorum intentionem: *Confirmatio enim Pontificis, Regis, aut Imperatoris, etiam cũ clausula ex certa sciẽtia, & alijs clausulis amplissimis*

ſimis, niſi verba aperte Regnent interpretanda eſt, vt confirmet id, quod concedi de iure potuit ab eo, cuius actus confirmatur, non vt validet illud, quod non potuit, ita Butr. in cap. dudum de decimis, col fin. n. 15. Ruin. conſ. 60. n. 16. vol. 1. Alex. conſ. 122. vol. 4. col fin. Iaſ. in l. more de iuriſd. omn. iud. n. 30. cum pluribus relatis à Hieron. Gabr. conſ. 83. n. 81. cum ſequentib. qui num. 85. ait: *Quia confirmatio etiam ex certa ſcientia, & ſub quauis forma facta, non auget factum, nec actum facit realem, niſi appareat partes, quarum actus confirmatur, ita intellexiſſe, gloſ. & DD. & præſentim Immol. d. cap. veniens de tranſaction. Alexan. conſ 23. col. 5. vol. 1.* Et ita prædicta facultas non debet approbare, quod ab ea ab eſſe contingit, & cum militet diuerſa ratio, nõ poteſt inferri conſequentia ab vno, ad alterum, l. fin. ff. de calumniatorib. l. Papinia. exuli, ff. de minorib.

53 ¶ Lo ſegundo ſe reſponde, que quando quieran las partes contrarias violentar la dicha facultad, y hazer por fuerça que ſea cõfirmatoria, por lo menos no pueden dezir que no ſea en forma comun, ni perſuadir que lo ſea en forma eſpecifica, ſegun las reſoluciones que quedan referidas; conforme a las quales, para ſer en forma eſpecial auia de yr en ella inſerto el tenor del poder y eſcritura de venta; o por lo menos ſe auia de hazer relacion en ella de todo lo contenido en el dicho poder y en la dicha eſcritura, y de los defetos y nulidades que quedan referidos; y eſpecialmente de como ſe auia otorgado el dicho poder y la dicha venta, ſin licencia y facultad de ſu Mageſtad, para que ſe entendieſſe que ſu Mageſtad, y los Señores del Conſejo, auian ſido plenamente inſtruydos de la verdad de lo que ſe pedia confirmaciõ:

todo

todo lo qual cessa en la facultad, en que apoyan su pretension los dichos Estratas: porque no está insertos el poder para comprar las alcaualas, ni la escritura de venta dellas, ni tampoco se haze relacion de lo contenido en el dicho poder, ni en la escritura, ni de los dichos defetos q̃ tenia, para q̃ su Magestad y los Señores del Cõsejo los quitassen, o supliessen, y sin embargo dellos confirmassen el dicho poder y venta, para que ya que no podian valer el poder, y la dicha vẽta, ex suis instrumentis confirmatis valeret, saltim ex dicta facultate confirmante, ad plura tradita a Pelaez de Mieres, de maioratibus, 4.p.q.2.n.40.

54 ¶ Y quando de la relacion que se haze en la dicha facultad, del asiento que el Concejo tenia hecho con los dichos Estratas, de comprarles las dichas alcaualas, y otras cosas assi generales, quieran los susodichos inferir perfeta y absoluta noticia en su Magestad, y en los Señores del Consejo, para dezir, quod fuerunt plenè instructi de negotio facto confirmando, & de eius circunstantijs, que sera sin fundamẽto, & contra supradicta omnia, y quisieran a lo menos hazer dudosa la dicha facultad, esto no bastara para darle la misma virtud, que si fuera facultad en forma especifica: porque en duda se presume ser la facultad en forma comun y general, & non in forma speciali, ad tradita per Rip. responsorum, lib.1.c.22.n.18. Alexand. cons.59.n.9.lib.1. Cuman. cum alijs adductis ab Steph. Gratia. discept. for. lib.1. c.9.nu.9. Christoph. de Paz, vbi sup. num.307. in fin. ibi: *Et quando dubitatur, an confirmatio sit ex certa sciẽtia, vel in forma communi semper debet accipi & intelligi, vt in forma communi facta videatur*, Deci. cons.72.n.3. & in c.1.n.40. & seq. de confirm. vtili, vel inutili, post glos. in c. vlt. eod. tit. Deci. Bosius, & alij, quos refert & sequitur idem Georgi. Cauedo, d. decis.2.n.4.

55 ¶ Lo

55 ¶ Lo tercero se responde, que quando la dicha facultad se huuiera pedido, y suplicado a su Magestad, y a los Señores del Consejo, la concedieran para confirmar el dicho poder, y la venta de las dichas alcaualas, adhuc tamen, ni pudo valer, ni las pudo confirmar, por los dos defetos de obrrepcion y subrrepcion, con que notoriamente se ganò.

56 ¶ La obrrepcion es notoria, porque en la relacion dieron a entẽder, que era vtil y prouechoso al Concejo el comprar las dichas alcaualas, siẽdo tan dañoso y perjudicial, que viene a ser total ruyna del Concejo y de sus propios; y que por serlo, es cosa cierta, que no se atreuieron a dar informacion de que era vtil y prouechoso a los dichos propios y vezinos. Y siendo ganada con esta obrrepcion, aunque la huuieran ganado los oficiales del Concejo que dieron el dicho poder, venia a ser falsa la relacion de la dicha facultad, atque ex consequenti a ser nula, ex dicto obrreptionis vitio, iuxta Consulti respõsum, in l. si quis obrrepserit, ff. ad legem Corneliam de falsis, ibi: *Si quis obrrepserit Præsidi Prouinciæ, tam per acta, quam per libelli interpellationem nihil agit*, cum mille similibus aductis a Farinac. de falsit. q. 55. n. 146. idem quã plurimis Iuribus, & Doctorum testimonijs locupletauit Ioann. Gutier. lib. 2. Canonicar. quæstionum, c. 15. a n. 80. cum seqq.

57 ¶ Iam vero auer auido subrrepcion para ganar la dicha facultad, est plusquam notissimum: porque tuuieron obligacion los Estratas de hazer relacion a su Magestad y a los Señores del Consejo, de todos los defetos, vicios y nulidades que dexamos ponderados en el primero articulo, y de como los bienes del Concejo estauan puestos en administracion por la Real Chancilleria de Granada, a pedimiento de gran numero de acreedores, para la paga de cuyos creditos estaua puesto

Admi-

Administrador por la dicha Real Audiencia, y q̃ como interessados auian de ser citados, porque sin su voluntad, no podia en perjuyzio suyo ganar se la dicha facultad, ni imponerse censo sobre los bienes que estauan grauados con sus creditos y deudas, cuyas pagas estauan y estan consignadas en los dichos propios, que son omissiones que cõ prehenden otras tantas subrrepciones, que qualquiera dellas basta para anular la dicha facultad, iuxta eiusdem Modestini Iurisconsulti sententiã in d.l.si quis obrrepserit, ibi: *Si libello dato aduersarius tuus veritatem in precibus ab eo datis non adiecit, subrreptione vti non potest.* Quam resolutionem innumeris Doctorum testimonijs comprobauit idẽ Farinac. a d.n.146. vsque ad num.153. Mieres de maiorat. q.8. per tot. 1.p. & a Ioan. Guti. Canon. quæst. d.c.15. a n.94. cum seqq. Y teniendo la dicha facultad los dichos dos vicios de obrrepciõ y subrrepcion, no puede ratificar, ni confirmar el dicho poder, ni la escritura de venta, ni sanar los vicios y defetos que tantas vezes se han referido.

Tertius Articulus.

58 EN Este se considera, que en el orden de proceder en esta execucion, no se guardò la forma y solenidad del derecho, ex cuius defectu ay tambien notoria nulidad, quod suadetur ex sequentibus.

Lo primero, porque siendo la dicha obligaciõ instrumento no liquido, vt erat ante omnia liquidandum, vt executioni mandari potest, iuxta Bartoli sententiam, in l.4.§.si ex conuentione, nu. 1. ff de re iudicata, idem Bartol. Ias. & Orosius, in l. 1.ff. de ædendo, Surd. Turret. Beci. Gratian. y cin cuenta y tantos Autores grauissimos, assi destos

Reynos

Reynos,como eſtrangeros,a quien ſigue y refiere Mari.Giurb.deciſ.15.n.6.cum ſeqq.

59 ¶ Lo ſegundo,que por ſer inſtrumento condicional,vt potè pendiente de la verificacion de tantas condiciones,no auiendoſe purificado primero las dichas condiciones,y mirado bien ſi eſtauan cumplidas,o no,no ſe pudo en virtud de la dicha obligacion deſpachar el dicho mandamiẽto de execuciõ,y ya q̃ ſe dio el dicho mandamiento,ſupueſto que conſtò por euidencia del hecho, que ninguna dellas ſe auia cumplido, no deuio el Doctor Caſanate pronunciar la ſentencia de remate que pronunciò, y deuiera dar por ninguna la execucion,como lo hizo el Licenciado Moriana Alcalde mayor del Arahal,quia quando inſtrumentum eſt conditionale prius debet impleri cõditio,quam executioni mandetur ad tradita per ſcribentes,in l.filius famil.ff.de condit.& demõſ. l.legatum,C.de conditionib.inſertis, cum pluribus aductis a Menoch.conſ.131.n.1.cum innumeris congeſtis ab eod.Mari.Giurb. deciſ.60.n.13. vbi in fin.d.num.ait:*Non competere actionem ante cõditionis euentum*,l.neceſſario,ff.de periculo & cõmodo rei venditæ,Peregrin.art.63.num.9.Ceſar Barti.deciſ.90.n.4.& 5.pro quo inſtituto refert, & ſequitur plusquam quadraginta Doctores, idẽ Mari.Giurb.vbi proximè.Y no ſe puede dudar, eſtar pendiente la dicha eſcritura de vẽta, de muchas condiciones que no eſtan cumplidas, eſpecialmente la del priuilegio de la venta de las dichas alcaualas,que los Eſtratas auian de ſacar en cabeça del dicho Concejo,para ſer dueño dellas, y que corrieran por ſu quenta y rieſgo:lo qual no ſolamente no lo cumplieron,pero de tal manera ſe han querido quedar por ſeñores dellas, que oy las adminiſtran y gozan como antes,ſin auer conſentido que perſona ninguna,en nombre del Concejo,

cējo,asista a ninguna diligencia cerca dellas: y para executar, tenian obligacion los Estratas de auer ganado el dicho priuilegio, y entregadolo por titulo al dicho Concejo,nam qui prior agit, prius adimplere debet,l.Iulian. §.offerri,l.5. §.si seruus,ff.de doli,& metus exceptione,Gail,obseruationum,lib.2.obseruat.17.n.13.Petr.Surd. decis.253. Harmanus Pistorius, lib.3.q.27. nu.32. Cuiac.lib.23.obseruat.c.15.Porque elque se quiere valer de vna disposicion, debet prius docere pro sua parte impleuisse, ita Bald.in l.siquidem, & in l.vltim.vers.Extitisse, C.de exceptio. l.hoc iure, & l.ita stipulatus, §. quod si ab initio, ff.de verb.obligat.en lo qual esta excepcion difiere de las demas:porque su prouança no compete al q̄ la opone,sino aquel contra quien se opone, iuxta resolutionem supradictorum: & ita, no estando prouado por los Estratas lo susodicho,y requiriēdo,como requiere,prouāça,que auia de constar por el mismo priuilegio,no constando no se pudo executar,quia instrumenta,quæ requirūt probationem extrinsecam,censentur requirere actionem indaginem,& non possunt executioni mandari ad tradita per Contardum,in l.vnica, C.si de momentanea posses.limitation.12.n.10.

60 ¶ Lo tercero,porque siendo este pleyto executiuo con el Concejo de la dicha villa,se auia de citar de remate al Concejo,y no bastò auerse citado al Syndico,y a algunos de los Capitulares q̄ auian sido el año antes,y a cada vno de por si,porque no fue en forma capitular:& ita deficit in saluctari,& claudicauit hoc iudicium en lo mas sustancial del, que es el defeto de la citacion, quoniā ciuitas,aut populus necessario citandus est,etiam si Sindicum habeant,alias non constituitur in cōtumatia,iuxta glos.& DD.in c.bonæ.1.de electione,glos.etiam in c.si capitulo,de concessione Prębendæ,lib.6.

61 ¶ La

61 ¶ La qual resolucion es tan cierta, q̃ quando la ciudad, villa, o lugar con quien se trae pleyto, tiene Sindico, o Procurador general, no ha de començar la citacion por el dicho Procurador, porque primero se ha de citar al Cabildo, y se cita el Sindico, como se pretende auerse hecho en la execució deste pleyto: no por esso el Cócejo q̃dará cóstituydo en rebeldia, iuxta gl. ordinariã in l. nõ videtur dolo carere, ff. de regulis iuris, quæ iura ad id expendit, Pisa in sua Curia, c. 25. per totum, vbi Azeued. plura congessit, tradit optimè Lancelot. de attentat. à parte 1. partem, c. 1. n. 27. cum seqq. vbi asserit: *Citationem executam cõtra personam Syndici generalis, non posse inducere litem contra communitatem, cuius erat Syndicus.* Y esta nulidad ex defectu citationis es insanable, vt testatur Hierony. Gonçalez glos. 9. in annotationib. nu. 151. post Cęsar. de Gras. decis. 11. nu. 9. de sentent. & re iudicat. Gomez in compendio signat. n. 68. & 69. Ferret. cons. 209. n. 9. lib. 1. Vanzius de nullitat. ex defectu citation. n. 125. Marches. de commission. 2. p. c. 1. n. 19. glo. in d. c. si capitulum, in vers. Factum, Alexand. cons. 219. n. 2. & n. 11. lib. 6. vbi probatur Collegium, & Vniuersitatem citandum esse Collegialiter, & Capitulariter, Seraphin. decis. 1116. n. 1. vbi fuit dictum: Quod intimatio executorialium facta, quibus Canonicis non Capitulariter congregatis, non afficiebat Capitulum: pro qua resolutione est optima decisio Alexand. Ludoui. nunc Gregor. XV. 584. & finalis, n. 2. & copiosius eius adnotatio, lit. B. vbi plures alias decisiones allegat.

De todo lo qual se infiere ser euidente la justicia del Concejo, prout eo iudicari speremus. Salua V.D.C.